Zur Lehre von den Willensmängeln, insbesondere der Irrtum über die Vorbestraftheit.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Paul Kareski

Referendar in Berlin.

Approbiert am 4. März 1907.

Berlin.

Druck von E. Ebering.

1907.

161

Referent: Univ.-Professor Dr. **Binder.**

Meiner lieben Mutter

in Dankbarkeit gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549813_0006

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Zur Lehre der Willensmängel.

§ 1. Bedeutung des Willens für das menschliche Handeln, insbesondere im Rechtsverkehr. Willensfähigkeit 9

§ 2. Willensmangel 10

a) Begriff.

b) Einfluss des Willensmangels auf Willenserklärungen. Begriff und Wesen der Willenserklärung. Ihr Verhältnis zum Rechtsgeschäft 20

§ 3. Die auf Willensmängeln beruhenden Rechtsgeschäfte und ihre rechtliche Behandlung. Insbesondere:

a) Anfechtbarkeit und Nichtigkeit.

b) Wirkungen der Anfechtung.

§ 4. Irrtum und arglistige Täuschung 27

I. Irrtum. Begriff, insbesondere nach Kuhlenbeck. Die Irrtumsfälle des § 119 Abs. 1 und 2. BGB. . . . 27

a) Unbewusste Divergenz von Wille und Erklärung

b) Irrtum über den Inhalt der Erklärung. Unterschied vom Dissens.

c) Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften

α) Handelt es sich in § 119 Abs. 2 um einen Fall echten oder unechten Irrtums?

β) Gesetzlicher Tatbestand des § 119 Abs. 2, insbesondere:

1. Eigenschaften. Begriff.
2. Verkehrswesentl. Eigenschaften. Begriff.
3. Die weiteren gesetzlichen Voraussetzungen
4. des § 119 Abs. 2 BGB.

II. Arglistige Täuschung 37

1. Begriff.
2. Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Willenserklärung.

III. Verhältnis der §§ 119 und 123 BGB. zueinander . . 40

B. § 5. Insbesondere der Irrtum über die Vorbestraftheit in seiner Bedeutung als Willensmangel bei Willenserklärungen: 41

1. sofern es sich um Vorstrafen handelt, welche für die Beurteilung des Bestraften in sittlicher Beziehung indifferent sind.
2. sofern es sich um Vorstrafen handelt, welche wegen sittlich verwerflicher Handlungen verhängt worden sind,
   a) wenn es für die Rechtsstellung, die der Bestrafte durch die Willenserklärung erlangt, an sich gleichgültig ist, ob er vorbestraft ist,
   b) wenn die Vorbestraftheit den Bestraften für diese Rechtsstellung ungeeignet macht.

Literatur.

Aravantinos, Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung im Deutschen Bürgerlichen Recht. In Jherings Jahrbüchern für Dogmatik des Bürgerlichen Rechtes. 1904 Bd. 12.

Biermann, Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht. 1900.

Binder, Rechtsstellung des Erben nach dem Deutschen bürgerlichen Gesetzbuch. I. Teil 1901.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. II. Aufl., 4. Bd., 2. Lieferung 1895.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechtes, Bd. 1 1900.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechtes, Bd. 1 1900.

von Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 1897.

Dernburg, Pandekten, Bd. 1 1902.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens Bd. 1 1906 und Bd. 2 Teil 1 1905.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Lieferung 1 1898.

Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht, Bd. 1 1901.

Gareis, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1900.

Hellmann, Zur Lehre von den Willenserklärungen nach bürgerlichem Rechte. In Jherings Jahrbüchern für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 42 1901.

Hölder, Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1900.

Hupka, Die Vollmacht, 1900.

Kohler, Das Autorrecht. In Jherings Jahrbüchern für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 18 1880.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerl. Gesetzbuch, 1. Teil 1898.

Laband, Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. In Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 10 1866.

Ladenburg, Die Vollmacht als Verkehrsmittel. In Goldschmidts Zeitschr. für das gesamte Handelsrecht, Bd. 11 1867.

Lenel, Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften. In Jherings Jahrbüchern für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 44 1902.
Leonhard, Rudolf, Der allgemeine Teil des Bürgerl. Gesetzbuchs, 1900.
von Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 12. und 13. Aufl. 1903.
Löwenfeld & Riezler in Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1 1904.
Lotmar, Ueber die causa im Recht, 1875.
Manigk, Anwendungsgebiet der Rechtsgeschäfte, 1901.
Pernice, Rechtsgeschäft und Rechtsordnung. In Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 7 1880.
Pfeffermann, Der Begriff des wesentlichen Irrtums bei Rechtsgeschäften. Erlangener Inauguraldissertation 1903.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., Bd. 1 1903.
Regelsberger, Pandekten, Bd. 1 1893.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen, Bd. 1 1899.
Savigny, System des heutigen römischen Rechtes, Bd. 3 1840.
Schlossmann, Vertrag 1876.
Schlossmann, Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und der Sache. In den Fischerschen Abhandlungen zum Privatrecht u. Zivilprozess des Deutschen Reiches, Bd. 9, Heft 3, Jena 1903.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. 1906.
Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, 1879.
Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1 1896.
Kommissionsprotokolle für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1 1897.

§ 1.

Bedeutung des Willens für das menschliche Handeln, insbesondere im Rechtsverkehr. Willensfähigkeit.

Die vornehmste Eigenschaft des Menschen ist die Willensfähigkeit, d. h. die Fähigkeit des Einzelnen, seinem Willen eine bestimmte, auf Herbeiführung eines Erfolges abzielende Richtung zu geben. Der Wille ist das Direktiv des Handelns, er soll das Handeln im Einzelfalle bestimmen, und nur dann ist das menschliche Handeln motiviert, wenn die Handlung gewollt ist. Da das Leben der Menschen sich wesentlich aus Handlungen, die sie selbst vornehmen, zusammensetzt, da ferner ein grosser, wenn nicht der grösste Teil der menschlichen Handlungen auch rechtlich von Bedeutung ist, so ist es klar, dass der Wille der einzelnen Menschen, insoweit wenigstens, als seine Verwirklichung in der Macht des Menschen liegt, im gewöhnlichen Leben und insbesondere auch im Rechtsleben massgebenden Einfluss ausübt. Im Rechtsleben zumal, da der Rechtsverkehr der Einzelnen sich hauptsächlich durch Abschluss und Auflösung von Rechtsgeschäften vollzieht.[1] Gerade deswegen bedarf ein jedes Recht einer eingehenden Regelung der Fragen, wann bei dem einzelnen Menschen ein rechtlich in Betracht kommender Wille vorhanden und wann der solchenfalls geäusserte Wille Wirkungen in der Rechtswelt zu erzeugen fähig ist.

So hat denn, da der Wille genügend abgeklärt erst dann

---

1. Vgl. Dernburg. Pandekten Bd. 1 Seite 210.

ist, wenn der Wollende es in seiner Entwicklung zu einer gewissen körperlichen und geistigen Reife gebracht hat, auch unser heutiges Bürgerliches Recht gemeinhin zur Grundlage der Geschäftsfähigkeit eine bestimmte Altersstufe gesetzt, bei welcher man annehmen kann, dass das betreffende Willenssubjekt in der Lage ist, die Bedeutung der einzelnen ihm rechtlich gestatteten Handlungen zu erkennen. Als Altersstufe wurde hierbei auf Grund physiologischer Beobachtungen partiell das vollendete siebente, definitiv das vollendete 21. Lebensjahr bestimmt. (§ 104 und § 106 verb. mit § 2.) Und weiter hat aus dem oben angegebenen Grunde unser Bürgerliches Recht, neben anderen Gesetzen vor allem das BGB. in einer Reihe von Paragraphen die Frage der Willensmängel einer eingehenden, wenn auch nicht völlig einwandsfreien Regelung unterzogen.

§ 2.

Willensmangel.

Der Begriff des „Willensmangels" — ein in der Wissenschaft üblicher und auch dem Gesetze (z. B. BGB. § 166.) geläufiger Ausdruck — ist im Gesetze selbst nicht definiert worden. Es ist dies nicht weiter auffällig, da es in der modernen Gesetzestechnik des Bürgerlichen Gesetzbuches und der sonstigen neueren Gesetze nur noch in verschwindend wenigen Fällen üblich ist, die dem Gesetze eigenen Begriffe zu definieren. Und m. E. geschieht dies mit Recht in einem viel geringeren Umfange als früher, als z. B. noch im ALR., da man in der heutigen Zeit in weit höherem Masse denn je die Notwendigkeit des Zusammenarbeitens von Wissenschaft und Praxis zur Fortbildung des Rechtes erkannt und sich deshalb wohl gehütet hat, die eine oder die andere vorzeitig bei der Erfüllung dieser hohen Aufgabe zu beschränken. Gehütet umsomehr, als wir heutzutage nicht mehr so unerschütterlich von der Vollkommenheit menschlicher Gesetzgebung durchdrungen sind, weil wir wissen, dass jedes Gesetz nur ein Baustein in dem derzeitigen Bau der Gesetzgebung ist,

bestimmt dazu, wenn das Gebäude in der Flucht der Jahre morsch geworden ist, neuen Steinen Platz zu machen.

Da also das Gesetz eine Definition des Begriffes „Willensmangel“ nicht enthält, so war damit der Wissenschaft Raum gegeben, ihrerseits dem Begriff die rechten Grenzen zu weisen.

Danach ist unter Willensmangel diejenige Beschaffenheit des Willens zu verstehen, welche den Willen im Einzelfalle daran verhindert, die im Rechtsverkehre übliche normale Wirkung zu erzielen. Im Einzelfalle: damit scheiden die Fälle der Geschäftsunfähigkeit und der beschränkten Geschäftsfähigkeit aus, denn der Geschäftsunfähige hat einen rechtlich in Betracht kommenden Willen überhaupt nicht, und der beschränkt Geschäftsfähige ermangelt für sich allein während der Dauer dieses Zustandes ebenfalls dieses Willens bezüglich der grossen Gattung der onerosen Rechtsgeschäfte.

Das Mittel, durch welches der Wille eine Wirkung in der Rechtswelt hervorbringt, sind die Willenserklärungen,[1]

1. Die Willenserklärung ist nicht das alleinige Mittel, durch welches der Einzelne eine Veränderung in der Rechtswelt erzeugen kann. Ein anderes Mittel ist die Rechtshandlung im sogenannten engeren Sinn (im Gegens. zur Rechtshandlung i. w. S., welche der Oberbegriff für Rechtsgeschäft und Rechtshandlung ist). Aber während bei der Willenserklärung der Eintritt des Erfolgs völlig bedingt ist durch den auf die Herbeiführung dieses Erfolgs gerichteten Willen, derart, dass der Erfolg nur eintritt, wenn und weil er gewollt ist, ist bei Rechtshandlung im engeren Sinn die Tatsache des Handelns an sich schon allein befähigt, den Erfolg zu wirken. Mit anderen Worten: Bei der Rechtshandlung ist für die Herbeibeiführung des Erfolgs nicht erforderlich, dass der Handelnde überhaupt einen rechtlich in Betracht kommenden Willen hat, — auch das Kind unter 7 Jahren, auch der wegen Geisteskrankheit Entmündigte kann mit Wirkung Rechtshandlungen vornehmen — oder dass, falls der Handelnde einen solchen Willen hat, der Wille auf die Herbeiführuug des Erfolgs gerichtet war — auch wenn der zur Ehescheidungsklage berechtigte Ehegatte nicht weiss, dass in den Fällen der §§ 1565—1568 BGB. sein Recht auf Scheidung durch

d. h. diejenigen rechtlich relevanten auf Begründung, Veränderung oder Untergang von Rechten gerichteten[2] Hand-

Verzeihung erlischt, so bewirkt dennoch schon die Tatsache, dass der eine Ehegatte dem andern die Eheverfehlung verziehen hat, den Verlust des Scheidungsrechtes. — Unter Rechtshandlungen i. e. S, versteht man daher solche rechtlich relevanten Handlungen, deren rechtliche Folgen eintreten nicht, weil sie gewollt sind, sondern ohne Rücksicht auf die Intention des Handelnden, also auch ungewollt, von selbst, lediglich kraft Gesetzes. (So auch Motive zum BGB. Bd. 1, S. 127.) Zu den Rechtshandlungen in diesem Sinn zählt man gewöhnlich Besitzergreifung (§ 854), Verarbeitung (§ 950), Säen und Ernten (§ 94), Verzeihung (§ 1570), die Schatzentdeckung (§ 984) und anderes mehr. Manigk in seinem Buch „Anwendungsgebiet der Rechtsgeschäfte" 1901, S. 95 hält z. B. auch die Mahnung des § 284 BGB. für eine Rechtshandlung, m. E. allerdings mit einer wenig zutreffenden Begründung. — Einen Weg für sich geht bei der Feststellung des Unterschieds von Rechtsgeschäft uad Rechtshandlung der griechische Schriftsteller Aravantinos in seiner Schrift „Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung im Deutschen bürgerlichen Recht", 1904. Nach Aravantinos (S. 136—140) zeigt sich der Unterschied der beiden Begriffe am besten an der Gegenüberstellung des sogen. „inneren" oder „Erfolgswillens" (beim Rechtsgeschäft) einerseits und des „durch den Willen bewirkten äusseren tatsächlichen Zustandes, des Effektes" (bei der Rechtshandlung) andererseits. Ganz abgesehen von der unglücklichen Wahl des Ausdrucks „innerer Wille", welcher die Existenz eines von ihm verschiedenen äusseren Willens voraussetzt, scheint mir der Hauptfehler, den Aravantinos macht, darin zu liegen, dass er davon ausgeht, dass der tatsächliche Zustand, der Effekt, bei der Rechtshandlung überhaupt durch den Willen bewirkt sein muss, während richtiger Ansicht nach auch ein Willensunfähiger Rechtshandlungen vornehmen kann. Da also bei der Rechtshandlung i. e S. der Wille des Handelnden rechtlich nur eine ganz untergeordnete Rolle spielt, so kann auch ein Willensmangel auf die Wirkung der Rechtshandlung einen Einfluss nicht ausüben. Die Rechtshandlungen interessieren uns daher für die Frage der Willensmängel nicht.

2. Bestritten bei Windscheid-Kipp. Lehrbuch des Pandektenrechts 1906, Bd. 1, S. 313: „Das letzte Ziel der Rechtsgeschäfte ist

lungen, deren rechtliche Folgen normaler Weise[3] eintreten, lediglich weil sie gewollt sind,[4] also stets mit Rücksicht auf immer die Entstehung, der Untergang, die Veränderung eines Rechtes (oder eines Komplexes von Rechten). Aber das Rechtsgeschäft braucht auf die Entstehung u. s. w. eines Rechtes nicht unmittelbar gerichtet zu sein. So ist z. B. die Erteilung einer Vollmacht ein Rechtsgeschäft, obgleich durch sie eine Veränderung in der Rechtswelt nicht unmittelbar hervorgebracht, sondern nur eine Tatsache mit einer rechtserzeugenden Kraft begabt wird, deren sie an und für sich entbehrt." Der Herausgeber des Windscheidschen Lehrbuchs Kipp meint zwar im Gegensatz hierzu, in dieser Ausstattung einer Tatsache mit einer rechtserzeugenden Kraft liege schon eine Veränderung in der Rechtswelt. M. E. sind indessen die Darlegungen Windscheids auch im übrigen unzutreffend. Denn er führt an anderer Stelle (S. 357) selbst aus: „Das Recht, ein Rechtsgeschäft im Namen eines anderen abzuschliessen, kann begründet sein: . . . . . 3. in einer von dem Geschäftsherrn erteilten Vollmacht." Also begründet die Erteilung einer Vollmacht auch nach Windscheids Ansicht ein Recht, nämlich die sogen. Vertretungsmacht. Dass die Vertretungsmacht ein Recht ist, wird bis in die neueste Zeit von vielen Schriftstellern bestritten (insb. von Brinz Lehrbuch der Pandekten, II. Aufl., 4. Bd., S. 373, Biermann. Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht, S. 20 f., Hupka. Die Vollmacht 1900, S. 1, Anm. 1). Hierbei wird allerdings Folgendes übersehen: 1. dass, wenn man das Recht im subjektiven Sinn erklären will, hierunter eine rechtlich anerkannte und geschützte Macht zu verstehen ist. Da es sich aber gerade bei der Vertretungsmacht um rechtlich anerkannte und geschützte Macht handelt, so ist es nicht einzusehen, warum diese Macht kein Recht sein soll. 2. Dies ist umsoweniger einzusehen, als zufolge § 166 Abs. 2 BGB. unzweifelhaft die Bevollmächtigung ein Rechtsgeschäft ist und sich ausser der Bevollmächtigung sonstige Beispiele für Rechtsgeschäfte, durch welche nicht Rechte begründet, verändert oder vernichtet werden, nicht angeben lassen. Diejenigen Schriftsteller, welche den Rechtscharakter der Vertretungsmacht leugnen, begründen dies meistens damit, dass sie sagen, „die Erklärung des Vollmachtgebers gestatte dem Vertreter nicht ein Handelndürfen, sondern ein Handelnkönnen" (z. B. Biermann a. a. O. S. 21). Diese Behauptung ist nicht nur unbewiesen, sondern geradezu

die Intention des Handelnden, allein kraft seiner Privatautonomie, gemäss dem Gesetze. Ich sage Handlungen und

falsch; denn handeln mit Wirkung für und gegen einen anderen „kann" nicht nur der Vertreter mit Vertretungsmacht, sondern auch der Vertreter ohne Vertretungsmacht; denn auch die von Letzterem im Namen eines anderen abgeschlossenen Verträge wirken nach § 177 BGB. für und gegen den Vertretenen, sofern derselbe sie nachträglich genehmigt. Die Erteilung einer Vertretungsmacht liegt selbstverständlich nicht in einer solchen Genehmigung; denn wie sollte auch eine Vertretungsmacht für bereits abgeschlossene Verträge erteilt werden können? Die Fiktion der Erteilung einer Vertretungsmacht für den Fall der Genehmigung schliesst ferner der Wortlaut des § 177 aus. Wir bedürfen aber auch einer Fiktion nicht, wenn wir das Wesen der Vertretungsmacht nicht in dem Handelnkönnen, sondern in dem Handelndürfen mit Wirkung für und gegen einen anderen erblicken. Wer Vertretungsmacht hat, der darf im Rahmen derselben für den Vertretenen handeln; wer sie nicht hat, der kann dies zwar auch, aber er darf es nicht, er tut es auf eigene Gefahr. Ich halte es daher für durchaus zutreffend, wenn z. B. Ladenburg in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 11, 1867, S. 74 sagt: „Der Bevollmächtigte wird durch die Vollmacht berechtigt, dasjenige zu tun, was den Inhalt der Vollmacht ausmacht, aber nicht verpflichtet" oder wenn Laband Zeitschrift f. Handelsrecht Bd. 10 z. B. S. 229 und andere von Vertretungsbefugnis sprechen. Die Gegner dieser Ansicht scheinen sich daran zu klammern, dass das Gesetz den Ausdruck „Vertretungsmacht" gebraucht, vergessen aber, dass eben dasselbe Gesetz in § 171 das Wesen der Vertretungsmacht durch die Worte „zur Vertretung befugt" charakterisiert. Zwischen „befugt" und „berechtigt" noch einen Unterschied machen zu wollen, erscheint mir ein wenig sophistisch. — Dass endlich, wenn die Vertretungsmacht ein Recht ist, die Bevollmächtigung nicht nur dieses Recht begründet, sondern auf seine Begründung gerichtet ist, kann m. E. nicht zweifelhaft sein.

3. „Normaler Weise", da auch anfechtbare und nichtige Rechtsgeschäfte immerhin „Rechtsgeschäfte" sind, obwohl bei den nichtigen Rechtsgeschäften von vornherein, bei den anfechtbaren nach erfolgter Anfechtung die von den Geschäftsschliessenden ge-

nicht Erklärungen und identifiziere damit wissenschaftlich den Begriff des Rechtsgeschäftes mit dem der Willenserklärung — natürlich im oben entwickelten Sinn, also rechtlich relevante Willenserklärung — wiewohl von mancher Seite

---

wollten rechtlichen Folgen nicht eintreten. Dass auch diese Geschäfte Rechtsgeschäfte sind, folgt aus dem Wortlaut des Gesetzes (z. B. BGB. §§ 117, 118, 125, 138, 142), vgl. Dernburg. Bürgerl. Recht Bd. I S. 330, Windscheid — Kipp. Pandekten S. 369.

4. So auch die Motive zum BGB. Bd. 1, S. 126, welche den Begriff der rechtlich relevanten Privatwillenserklärung mit den Worten „eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechsordnung deshalb eintritt, weil er gewollt ist" umschreiben. Ebenso auch Dernburg Bürgerliches Recht Bd. 1, S. 365 ff., ferner von Danz „Die Auslegung der Rechtsgeschäfte" 1897, welch letzterer das Rechtsgeschäft geradezu als lex contractus bezeichnet. Abweichende Ansichten vertreten insbesondere Regelsberger Pandekten 1893 Bd. 1, S. 473, welcher irriger Weise im Anschluss an den vermeintlichen deutschen Sprachgebrauch die realen Willensäusserungen d. h. Aeusserungen des Willens in Handlungen (z. B. Okkupation) aus dem Begriff der Willenserklärung ausscheidet; ebenso auch Hellmann „Zur Lehre von der Willenserklärung" S. 413 ff., desgleichen Kipp in Windscheids Pandekten Bd. 1, S. 308, Anm. a. Gegen diese siehe Dernburg a. a. O. Bd. 1, S. 366 und Binder „Rechtsstellung des Erben" Bd. I, S. 86 ff. Dass der Begriff des „Rechtsgeschäftes" und somit der der „Willenserklärung" überhaupt einen wissenschaftlichen Wert hat, leugnet Schlossmann „Vertrag" 1876, S. 129 ff. Gegen ihn Zitelmann „Irrtum und Rechtsgeschäft" 1879, S. 238 ff. und Pernice in „Grünhuts Zeitschrift" Bd. 7, S. 465 ff. Seit Lotmar's Schrift „Ueber die causa im Recht" 1875 S. 10 ff. wird von vielen, so z. B. von Kohler „Das Autorrecht" S. 134 ff. behauptet, dass für den Begriff der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung der Wille des Handelnden gleichgültig sei, „weil die Willensäusserung Rechtsfolgen durch das Recht habe." (Lotmar a. a. O., S. 15). Gegen diese Auffassung vergl. die treffenden Ausführungen Dernburgs (Pandekten Bd. 1, S. 213) und vor allem Windscheids (Pandekten Bd. I, S. 311, Anm. 1a).

ein Unterschied zwischen beiden Begriffen behauptet wird.[5] Man sagt dann gewöhnlich, das Rechtsgeschäft sei der wei-

5. So namentlich von Hellmann a. a. O., S. 413 ff., welcher sich darauf beruft, dass die reale Willensäusserung, die „Willensverwirklichung", wie er es nennt, zwar keine Willenserklärung sei, aber immerhin doch in manchen Fällen für den Tatbesand eines Rechtsgeschäftes genüge. Da der Zweck der Willenserklärung wie jeder Erklärung der sei, einem anderen etwas klar zu machen, dieser Zweck sich aber nur gegenüber Beteiligten erfüllen lasse, so liege es im Wesen der Willenserklärung, dass sie nur Beteiligten gegenüber abgegeben werden könne. Für das Rechtsgeschäft sei diese Einschränkung nicht zu machen; daher sei der Begriff der Willenserklärung enger, als der des Rechtsgeschäftes. Ebenso Manigk in seinem Buch „Anwendungsgebiet der Rechtsgeschäfte", welcher indess zugibt, dass das BGB. auf diesem Standpunkt nicht steht, aber meint, sich an die irrige Ansicht des Gesetzes nicht halten zu brauchen. — Diese Auffassung wird mit Recht von der herrschenden Lehre abgelehnt. Vergl. insb.: Dernburg Bürgerliches Recht Bd. I, S. 366: „Mag dies der Wortbedeutung entsprechen. Entscheidend ist sie nicht. Eingebürgerte technische Ausdrücke vererben sich mit ihrem hergebrachten Begriff, auch wenn sie sich sprachlich mit demselben nicht vollständig decken." Vergl. ferner Planck Kommentar zum BGB. 1903, Bd. I, S. 208, der gegen die Hellmannsche Lehre folgendes ausführt: „Diese Auffassung dürfte unrichtig sein. Es kann zunächst nicht zugegeben werden, dass der Ausdruck „Erklärung" nach der Auffassung des Lebens nur den von Hellmann behaupteten Sinn habe. Hiernach würden z. B. letztwillige Verfügungen keine Willenserklärungen sein, weil sie, selbst wenn sie dem Richter oder Notar gegenüber erfolgen, doch nicht einem Beteiligten gegenüber abgegeben werden. Hellmann zieht auch wirklich diese Konsequenz seiner Ansicht. Mit der Auffassung des Lebens ist es aber doch sicher unvereinbar, eine letztwillige Verfügung, mag sie holographisch oder vor Gericht oder Notar erfolgen, nicht als Willenserklärung zu betrachten. Dazu kommt aber, dass nach dem Zusammenhang und nach dem Inhalte der von dem BGB. über Willenserklärungen gegebenen Vorschriften diese sich, abgesehen von den wenigen Fällen, in welchen eine ausdrückliche Willenserklärung erfordert wird, auf alle

tere Begriff, die Willenserklärung sei nur der Inhalt des Rechtsgeschäftes. Aber man vergisst dabei, dass die Willenserklärung der vollständige Inhalt des Rechtsgeschäftes ist, derart, dass dieses sich in ihr erschöpft. Nicht blos Inhalt z. B. der Kündigung ist die Kündigungserklärung, sondern die Kündigung ist mit der Kündigungserklärung identisch, mit ihr erfolgt.

Die Identität der beiden Begriffe „Rechtsgeschäft" und „Willenserklärung" wird aber noch augenscheinlicher, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die Willenserklärungen keineswegs stets ausdrücklich erfolgen müssen, sondern auch stillschweigend durch konkludente Handlungen erfolgen können. Dies rechtfertigt zugleich, den Begriff der Willenserklärung dem der rechtlich relevanten Handlungen zu unterstellen, wobei wir den Begriff der rechtlich relevanten Handlung dahin verstehen, dass hierunter jede rechtlich relevante Tätigkeit, also auch die ausdrückliche Erklärung des Willens, zu begreifen ist.

———————

Willensäusserungen beziehen sollen, welche zu dem Tatbestand eines Rechtsgeschäftes erforderlich sind. So sprechen die von der Geschäftsfähigkeit handelnden §§ 104—114 nur von Willenserklärungen. Der § 105 erklärt die von einem Geschäftsunfähigen sowie die im Zustande der Bewusstlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit abgegebene Willenserklärung für nichtig; die §§ 106 ff. betreffen die Wirkungen der von einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person abgegebenen Willenserklärung. Unzweifelhaft sollen alle diese Vorschriften nicht allein auf die einem Beteiligten gegenüber abgegebenen Willenserklärungen, sondern auf alle zu dem Tatbestand eines Rechtsgeschäfts erforderlichen Willensäusserungen Anwendung finden. Die Annahme, dass das Gesetz trotzdem diese Vorschriften nur für Willenserklärungen in dem Hellmannschen Sinne gegeben und die Anwendung derselben auf andere erhebliche zu dem Tatbestand eines Rechtsgeschäfts erforderliche Willensäusserungen der entsprechenden Anwendung überlassen habe, ist weder mit der Stellung dieser Vorschriften in dem Abschnitt über Rechtgeschäfte, noch mit der ganzen von dem BGB. befolgten Redaktionsweise vereinbar. Das-

Auch ist es unrichtig, wenn behauptet wird, das Gesetz mache zwischen beiden Begriffen einen Unterschied. Man hat darauf hingewiesen, dass der dritte Abschnitt des ersten Buches des Bürgerlichen Gesetzbuches die Ueberschrift „Rechtsgeschäfte" trägt, während der zweite Titel in diesem Abschnitt mit den Worten „Willenserklärung" überschrieben ist, und hat hieraus gefolgert, dass nach dem Sprachgebrauche des Bürgerlichen Gesetzbuches die Willenserklärung nur ein Teil des Rechtsgeschäftes sei. Gegen diese Auffassung ist ein Doppeltes einzuwenden, nämlich:

1. Die Titel des erwähnten 3. Abschnittes behandeln keineswegs die Teile des Rechtsgeschäftes. Der erste Titel trägt die Ueberschrift „Geschäftsfähigkeit". Die Geschäftsfähigkeit ist jedoch unzweifelhaft kein Teil des Rechtsgeschäftes, sondern die Voraussetzung für den wirksamen Abschluss von Rechtsgeschäften. Auch der dritte und die folgenden Titel des 3. Abschnittes handeln nicht über Teile

---

selbe gilt von den Vorschriften der §§ 116 ff. In den §§ 122, 123 werden überdem ausdrücklich Vorschriften über Willenserklärungen gegeben, die nicht gegenüber einem Anderen abzugeben sind. Mag man über die innere Berechtigung der Hellmanschen Auffassung denken wie man will; mit den Vorschriften des BGB. dürfte sie nicht vereinbar sein."

Auf demselben Standpunkt steht auch Windscheid a. a. O. Bd. I, S. 312, denn wenn er auch darauf hinweist, dass Willenserklärungen nicht immer rechtsgeschäftlichen Inhalt haben müssen, sondern sich auch auf rechtlich gleichgültige Vorgänge des Lebens beziehen können (vergl. Anm. 1a zu § 69 der Pandekten), so ist dies eine längst bekannte Tatsache. Es fragt sich auch nur, ob sich die Begriffe der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung und des Rechtsgeschäftes decken. Insoweit aber behandelt auch Windscheid die beiden Begriffe als gleichbedeutend; denn er sagt: „Doch wird vielfach der Ausdruck Willenserklärung als gleichgeltend mit dem Ausdruck Rechtsgeschäft gebraucht, und dagegen ist auch, wo kein Missverständnis zu fürchten ist, nichts einzuwenden." Vergl. endlich auch die Motive Bd. I, S. 126, welche ebenfalls einen Unterschied zwischen beiden Begriffen nicht anerkennen.

des Rechtsgeschäftes. Wenn überhaupt im 3. Abschnitt des ersten Buches des BGB. eine Systematik beobachtet ist, so ist sie jedenfalls in ganz anderer Richtung beobachtet worden. ME. wollte der Gesetzgeber erst das Handeln im eigenen Namen, sodann das Handeln im fremden Namen rechtlich fixieren, beim Handeln im eigenen Namen zunächst die Voraussetzungen für den wirksamen Abschluss von Rechtsgeschäften, sodann die Rechtsgeschäfte überhaupt, ohne Rücksicht auf einseitige oder zweiseitige, unbedingte oder bedingte, unbefristete oder befristete Rechtsgeschäfte. Als besonders wichtig reihte der Gesetzgeber dann an die Behandlung der Rechtsgeschäfte überhaupt die der zweiseitigen Rechtsgeschäfte, der Verträge. Daran schloss sich endlich als ebenfalls besonders wichtig die Behandlung der bedingten und befristeten Rechtsgeschäfte. Diese Systematik aber beweist nicht, dass nach dem Sprachgebrauche des Bürgerlichen Gesetzbuches die Willenserklärung ein Teil des Rechtsgeschäftes ist, sondern sie beweist im Gegenteil durch die Gegenüberstellung von „Willenserklärung“ und zwar gleichgültig, ob ein oder mehrseitiger, im zweiten Titel einerseits und „Vertrag“ im dritten Titel des erwähnten Abschnittes andererseits, dass die Verträge d. h. die zweiseitigen Rechtsgeschäfte, dem Begriff der Willenserklärung unterzuordnen, dass also dieser Begriff mit dem des Rechtsgeschäftes identisch ist.

2. Die Uebereinstimmung der beiden Begriffe im Sprachgebrauche des Bürgerlichen Gesetzbuches folgt auch daraus, dass das Gesetz in dem mit dem Worte „Willenserklärung“ überschriebenen zweiten Titel bald von Anfechtbarkeit einer Willenserklärung, bald von Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäftes spricht, ohne im einen Falle etwas anderes damit zum Ausdruck bringen zu wollen, als im anderen Falle. So leitet z. B. der § 142 BGB. die Wirkungen der Anfechtung mit den Worten „Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten“ ein, wiewohl vorher (§§ 119, 120,

123 BGB.) nur von Anfechtbarkeit von Willenserklärungen die Rede ist.

Da, wie wir oben ausgeführt haben, das Rechtsgeschäft das Mittel ist, durch welches der Wille eine Wirkung in der Rechtswelt hervorbringt, da also das Wesen des Rechtsgeschäftes gerade darin liegt, dass hier der Wille des Menschen die Lebensverhältnisse dem Rechte gemäss gestaltet, dass also die Veränderung in der Rechtswelt nur eintritt, wenn und weil sie gewollt ist, so bewirkt ein Willensmangel naturgemäss auch eine Mangelhaftigkeit des auf dem Willen beruhenden Rechtsgeschäftes.

§ 3.

Die auf Willensmängeln beruhenden Rechtsgeschäfte und ihre rechtliche Behandlung.

Wann nun, so fragt sich, ist der erklärte Wille eines Rechtssubjektes im Rechtssinne mangelhaft? Die Anwort auf diese Frage ist sehr einfach: Der erklärte Wille ist im Rechtssinne mangelhaft, wenn er entweder nicht der wahre Wille oder in mangelhafter Weise zustande gekommen ist. In mangelhafter Weise, d. h. in einer Weise, der der Gesetzgeber aus irgend einem Grunde die volle Anerkennung versagt hat. Der erklärte Wille ist daher mangelhaft, wenn ihm die Ernstlichkeit fehlte, also wenn der Erklärende sich insgeheim vorbehielt, das Erklärte nicht zu wollen (§ 116 BGB.), oder die Erklärung nur zum Scherze abgab, in der Erwartung, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden (§ 118). Desgleichen ist der erklärte Wille mangelhaft, wenn die Erklärung einem anderen gegenüber mit dessen Einverständnisse nur zum Scheine abgegeben wurde (§ 117), ferner wenn der Erklärende eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte und sie nur unbewusst, irrtümlich, z. B. infolge Verschreibens oder Versprechens, abgegeben hat (§ 119 Abs. 1), sowie endlich wenn die Erklärung durch eine zur Uebermittelung verwendete Person oder Anstalt unrichtig übermittelt worden ist. (§ 121).

In allen diesen Fällen liegt Mangelhaftigkeit des erklärten Willens vor, weil er nicht der wahre Wille des Erklärenden ist.

Der Wille ist, wie wir gesagt haben, ferner mangelhaft, wenn er in mangelhafter Weise zustande gekommen ist. Hierher gehören die Fälle, dass der Erklärende bei Abgabe der Erklärung über deren Inhalt (§ 119 Abs. 1) oder über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden (§ 119 Abs. 2), im Irrtume war, ferner der Fall, dass der Erklärende zur Abgabe der Erklärung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist (§ 123).

Diese mangelhaften Rechtsgeschäfte nun haben eine sehr verschiedenartige rechtliche Behandlung durch den Gesetzgeber erfahren. Teils hielt er den Willensmangel für rechtlich bedeutungslos und beliess den auf ihm beruhenden Rechtsgeschäften daher ihre volle Wirksamkeit, so im Falle der Mentalreservation des § 116 Satz 1 , teils hielt der Gesetzgeber den Mangel nur für bedingt erheblich, so in den Fällen des Irrtums (§ 119) und der unrichtigen Uebermittelung (§ 120), teils hielt er den Mangel für unbedingt erheblich, so in den übrigen Fällen.

Aber selbst da, wo der Gesetzgeber den Willensmangel für erheblich hielt, hat er die auf dem Mangel beruhenden Rechtsgeschäfte nicht dem gleichen rechtlichen Schicksale unterworfen. Bald hat er nämlich die Mangelhaftigkeit des Geschäftes mit der Folge der Nichtigkeit, bald mit der viel schwächeren Folge der Anfechtbarkeit ausgestattet, schwächer, da die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes von selbst, ipso iure, wirkt, während die Anfechtbarkeit lediglich dem Anfechtungsberechtigten die Möglichkeit gibt, durch eine Erklärung gegenüber dem anderen Teile, dem Anfechtungsgegner (§ 143), die vollständige Vernichtung des anfechtbaren Rechtsgeschäftes herbeizuführen (§ 142).

Beruht also der Abschluss eines Rechtsgeschäftes auf einem Mangel, welcher die Nichtigkeit des Geschäftes zur

Folge hat, so wirkt schon der Abschluss des Geschäftes die Folge der Nichtigkeit. Beruht der Abschluss eines Rechtsgeschäftes dagegen auf einem Mangel, welcher das Geschäft nur anfechtbar macht, so wirkt erst die Anfechtung des Geschäftes die Folge der Nichtigkeit. Demnach müssten konsequent die Wirkungen der Nichtigkeit beim nichtigen Geschäft vom Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses, also von Anfang an, beim anfechtbaren Geschäft dagegen erst im Zeitpunkt der Anfechtung, also später, eintreten. Diese Differenz nun hat das BGB. in § 142 Abs. 1 beseitigt, indem es die Nichtigkeit im Falle der Anfechtung eines anfechtbaren Rechtsgeschäftes nicht erst eintreten liess im Zeitpunkt der Anfechtung, sondern zurückbezogen hat auf den Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses, m. a. W. hier der Nichtigkeit rückwirkende Kraft, einen effet retroactif, wie es so schön im Art. 2 des code civil vom Gesetze heisst, oder, wie man gemeinrechtlich zu sagen pflegte, Wirkung ex tunc verliehen hat. Die Vernichtung des angefochtenen Rechtsgeschäftes ist daher, wie gesagt, eine vollständige, derart, dass die Rechtslage so angesehen werden muss, als ob das angefochtene Rechtsgeschäft überhaupt nie abgeschlossen wäre. Dies sagt das Bürgerliche Gesetzbuch mit den Worten: „von Anfang an nichtig". Hierbei ist jedoch ein Doppeltes zu beachten, nämlich:

1. Wenn auch die Vernichtung des angefochtenen Rechtsgeschäftes vollständig ist, so ist es deswegen noch nicht gleichgültig, wann der Vernichtungsakt einsetzt. Denn das angefochtene Geschäft ist vor der Anfechtung voll gültig. Dies ergiebt sich daraus, dass nach § 142 BGB. erst die Anfechtung das angefochtene Geschäft nichtig macht und dass der Anfechtungsberechtigte es durchaus in seiner Hand hat, von seinem Anfechtungsrechte Gebrauch zu machen oder nicht. Nimmt er die Anfechtung nicht vor, so bleibt das anfechtbare Geschäft voll gültig. Daraus folgt, dass derjenige, der vor der Anfechtung so gehandelt hat, als sei das anfechtbare Geschäft ungültig, aus seinem Handeln recht-

lich nach erfolgter Anfechtung nicht Vorteile erlangen kann zum Nachteile dessen, der das Geschäft in Unkenntnis der Anfechtbarkeit als voll gültig behandelt hat. Diese Folgerung ist:

a. selbstverständlich für den Fall, dass das Geschäft später wegen Täuschung oder Drohung aus § 123 angefochten wird; denn als einziger, der das Geschäft in Unkenntnis der Anfechtbarkeit vor der Anfechtung als voll gültig behandeln könnte, kommt hier immer nur der Betrogene bezw. der Bedrohte in Betracht, da notwendigerweise der Betrüger weiss, dass er betrügt, der Drohende, dass er droht, Betrüger und Drohender somit bei Abschluss des Rechtsgeschäftes dessen Anfechtbarkeit kennen. Diese Kenntnis aber hat zur Folge, dass sowohl der Betrüger als der Drohende, wenn die Anfechtung erfolgt, nach § 142 Abs. 2 BGB. so behandelt werden, wie wenn sie die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes gekannt hätten. Haben sie jedoch die Nichtigkeit des Geschäftes gekannt, so haben sie damit auch den Mangel des rechtlichen Grundes beim Empfang des aus diesem Geschäft Erlangten gekannt. Diese Kenntnis nun verpflichtet nach § 819 Abs. 1 BGB. zur Herausgabe, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zur Zeit des Empfanges rechtshängig geworden wäre. Demzufolge hat der Gläubiger, also der Betrogene bezw. der Bedrohte, die Vorteile des § 291,[1] sofern es sich um eine Geldschuld, und die Vorteile des § 292 in Verbindung mit 987 ff.,[2] sofern es sich um die Herausgabe von Gegenständen handelt. Aber selbst, wenn durch eine

---

1. § 291 BGB.: Eine Geldschuld hat der Schuldner von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an zu verzinsen, auch wenn er nicht im Verzug ist; wird die Schuld erst später fällig, so ist sie von der Fälligkeit an zu verzinsen. Die Vorschriften des § 288 Abs. 1 und des § 289 Satz 1 finden entsprechende Anwendung.

2. § 292 BGB.: Hat der Schuldner einen bestimmten Gegenstand herauszugeben, so bestimmt sich von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an der Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz wegen Verschlechterung, Unterganges oder einer aus einem

solche in Kenntnis der Anfechtbarkeit vor der Anfechtung vom Betrüger bezw. Drohenden vorgenommene Handlung dem Anfechtungsberechtigten im Falle der Ausübung seines Anfechtungsrechtes ein Schade entstehen würde, so hätte er doch ein Gegengewicht gegen diesen Schaden in dem Ersatzanspruch aus § 826 BGB., da dieser in Kenntnis der Anfechtbarkeit vom Betrüger bezw. Drohenden zugefügte Schade zweifellos vorsätzlich und gegen die guten Sitten verstossend ist.

b. Die vorangestellte Folgerung trifft aber auch für den Fall des Irrtums zu. Hier kann derjenige, der das Geschäft vor der Anfechtung als ungültig behandelt, der Anfechtungsberechtigte oder der Anfechtungsgegner sein.

α) Ist es der Anfechtungsberechtigte, dann kann der Anfechtungsgegner, wenn er das Geschäft vor der Anfechtung als gültig behandelt, nach § 122 BGB. selbst für den Fall, dass ihm ein Schade daraus entstanden ist, dass er vor der Anfechtung auf die Gültigkeit des Geschäftes vertraute, diesen Schaden, das sogen. Vertrauensinteresse oder negative Vertragsinteresse, vom Gegner ersetzt verlangen.

β) Gleichgültig aber, ob der Anfechtungsberechtigte oder der Anfechtungsgegner das fragliche Geschäft vor der Anfechtung als ungültig behandeln, so können sie zum Nachteile des anderen Teils, der in Unkenntnis der wegen Irrtums bestehenden Anfechtbarkeit das Geschäft vor der Anfechtung als voll gültig behandelt hat, Vorteile nach der An-

---

anderen Grunde eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe nach den Vorschriften, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten, soweit nicht aus dem Schuldverhältnis oder dem Verzuge des Schuldners sich zu Gunsten des Gläubigers ein anderes ergibt.

Das Gleiche gilt von dem Anspruche des Gläubigers auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen und von dem Anspruche des Schuldners auf Ersatz von Verwendungen.

(Bezüglich der §§ 987 ff. BGB. wird auf das Gesetz verwiesen).

fechtung aus diesem Handeln deswegen nicht erlangen, weil ihrem Handeln eben der Inhalt fehlt, der notwendig ist, um dem Gegner einen Nachteil zuzufügen, nämlich der Inhalt, „da dieses Geschäft infolge Anfechtung nichtig ist". Sie können ihrer Handlung diesen Inhalt nicht geben, weil im Zeitpunkt der Handlung die Anfechtung noch nicht erfolgt ist, der Handelnde somit, zumal er die Anfechtbarkeit des Geschäftes nicht kennt, auch nicht wissen kann, dass es rechtzeitig angefochten werden wird, und das anfechtbare Geschäft bis zum Zeitpunkte der Anfechtung voll gültig ist.

Wenn also, um die praktische Bedeutung der vorangestellten Folgerung zu erläutern, z. B. der A., welcher von B. einen Gegenstand gekauft hat, vor der Anfechtung des Kaufes die Rückgabe des Gegenstandes grundlos anbietet und die Rückzahlung des Kaufpreises verlangt, so wäre B, der nichts von der Anfechtbarkeit des Kaufes weiss, bei Verweigerung der Annahme des angebotenen Gegenstandes nicht in Gläubigerverzug gekommen, wiewohl nachträglich nach erfolgter Anfechtung des Kaufes dieser als von Anfang an nichtig, also als nie abgeschlossen anzusehen ist, sodass also A nachträglich um den Gegenstand seit Abschluss des Kaufes ungerechtfertigt bereichert, mithin nach § 812 BGB. zur Herausgabe des Gegenstandes verpflichtet erscheint, und wiewohl der Gläubiger auch dann in Verzug kommt, wenn er die ihm angebotene Leistung unverschuldeter Weise nicht annimmt. (vergl. Dernburg Bürgerl. Recht Bd. II Teil 1 S. 178). Der A ist in Gläubigerverzug eben deswegen nicht gekommen, weil der B daraus, dass er vor der Anfechtung grundlos so gehandelt hat, als sei der Kauf ungültig, unmöglich zum Nachteile des A, der den Kauf in Unkenntnis der Anfechtbarkeit als voll gültig behandelt hat, nach erfolgter Anfechtung die Vorteile erlangen kann, die ein Verzug des A dem B anderenfalls gewähren würde. — Dass A natürlich durch die Ablehnung der Rückzahlung des Kaufpreises nicht in Schuldnerverzug gekommen ist, bedarf kaum weiterer Ausführung, da der Schuldnerverzug nach §§ 285,

276 BGB. schuldhaftes Nichtleisten des Schuldners zur Voraussetzung hat. Ein Verschulden aber fällt dem A bei Ablehnung der Rückzahlung des Kaufpreises sicher nicht zur Last, da er zur Zeit, als B die Rückzahlung verlangte, noch nicht wissen konnte, dass später der Kauf angefochten und dadurch von Anfang an nichtig gemacht werden wird.

Es ist also keineswegs gleichgültig, wann der Vernichtungsakt, die Anfechtung, einsetzt. Und weiter:

2. Die Anfechtung eines Rechtsgeschäftes berührt zunächst nur das angefochtene Geschäft und dessen Wirkungen. Dies folgt aus § 142 Abs. 1 BGB., wo nur von der Nichtigkeit des angefochtenen Rechtsgeschäftes die Rede ist. Insoweit jedoch das angefochtene Geschäft Kausalgeschäft eines anderen Rechtsgeschäftes ist, übt natürlich die Anfechtung des Kausalgeschäftes indirekt auch auf das andere Geschäft ihre Wirkung aus, nicht insoweit, dass das andere Geschäft nunmehr selbst nichtig wird, wohl aber insofern, als das durch dieses Geschäft (z. B. die Uebergabe eines gekauften Gegenstandes) Erlangte (also das Eigentum an dem Gegenstand) infolge des Mangels des rechtlichen Grundes (der Nichtigkeit des Kaufes) nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung herausverlangt werden kann.

Darüber hinaus werden dritte Geschäffte, deren causa das angefochtene Rechtsgeschäft nicht war, von der Anfechtung selbst dann nicht alteriert, wenn das angefochtene Rechtsgeschäft die wirtschaftliche Grundlage des dritten Geschäftes bildete. Die aus solchen dritten Geschäften entstandenen rechtlichen Wirkungen werden von der Nichtigkeit des angefochtenen Geschäftes nicht betroffen. Wenn also z. B. der A dem B ein Grundstück verkauft und aufgelassen hat, der B alsdann dem C eine Wohnung in dem auf dem Grundstücke befindlichen Hause vermietet hat, und nunmehr A oder B den Kaufvertrag und die Auflassung anfechten, so bleibt der Mietsvertrag zwischen B und C voll wirksam. Der B ist nach wie vor dem C zur Gewährung des Gebrauchs der Wohnung, der C dem B zur Entrichtung des Mietszinses

verpflichtet. Eine andere Frage ist allerdings, ob B und C nunmehr nicht tatsächlich bei der Erfüllung des zwischen ihnen geschlossenen Mietsvertrages Schwierigkeiten haben werden; denn der A, der durch die Anfechtung wieder das Eigentum an dem Grundstücke erlangt hat, ist weder durch den zwischen B und C geschlossenen Mietsvertrag, noch sonst aus einem Rechtsgrunde gehalten, dem C die Wohnung in seinem Hause einzuräumen. Jedenfalls bleibt der Mietsvertrag selbst rechtlich wirksam. Dies äussert sich darin, dass, sowie der A den C im Gebrauche der gemieteten Wohnung belässt, — der A wird das natürlich nur dann tun, wenn B ihm dafür den Mietszins einräumt — hierdurch kein neuer Mietsvertrag zwischen A und C begründet wird, sondern der alte bisher dem B gegenüber wirksame Mietsvertrag nunmehr dem A gegenüber zur Fortsetzung gelangt.

§ 4.

Irrtum und Täuschung.

Zwei von den oben erwähnten Anfechtungsgründen wollen wir im Folgenden des näheren betrachten, nämlich Irrtum und Täuschung.

I. Irrtum. Im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches ist hierunter derjenige Willensmangel zu verstehen, welcher auf einer unbewussten Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung beruht oder auf der unrichtigen bezw. mangelnden Kenntnis des Inhaltes der Erklärung oder einzelner vom Gesetze besonders hervorgehobener Umstände, welche die Erklärung veranlasst haben. Bevor ich mich einer eingehenden Besprechung dieser durch das Gesetz (§ 119) gegebenen Begriffsmerkmale des Irrtums zuwende, möchte ich erst noch die um ihres rechtsphilosophisch wertvollen Gehaltes interessanten geistvollen Ausführungen, welche Kuhlenbeck in seinem Buche „Von den Pandekten zum Bürgerl. Gesetzbuch“ zur Erklärung des Irrtumsbegriffes gemacht hat, wortgetreu hier wiedergeben. Kuhlenbeck unterscheidet m. E. mit Recht zwischen dem Irrtum im wissenschaftlich-psycholo-

gischen und im juristischen Sinne. In jenem Sinne liegt der Irrtum nach Kuhlenbeck[1] „nie auf dem Gebiete des Willens, sondern kann nur ein Prädikat der Vorstellung sein und ist stets nur eine Funktion des Urteils, eine falsche Verbindung zwischen Subjekt und Prädikat, nicht aber blosse Inkongruenz der Vorstellung mit ihrem Gegenstande.“ Psychologisch „setzt“ der Irrtumsbegriff ferner „eine positive Vorstellungsverbindung voraus d. h. die positive subjektiv Setzung eines Prädikats zum Subjekte, welches diesem Subjekte (objektiv) nicht zukommt. Dagegen ist das blosse Nichtwissen einer objektiv vorhandenen Tatsache kein Irrtum im psychologischen Sinne.“ Diesen psychologischen Irrtum bezeichnet Kuhlenbeck im Anschluss an die von Savigny[2] eingeführte Terminologie als „echten Irrtum“ und fährt dann fort, dass also „juristisch der echte (psychologische) Irrtum nur insofern in Frage kommen kann, als die Bildung falscher Urteile von Einfluss sein kann auf die Handlungen, insbebesondere auf Rechtshandlungen (Delikte und Rechtsgeschäfte), d. h. also der echte Irrtum ist stets Irrtum im Motiv. Da aber beim echten Irrtum praktisch, in Beziehung auf die rechtliche Bedeutung der Handlung, weniger seine positive Seite, das falsche Prädikat zur Subjektvorstellung, als vielmehr seine negative, das Fehlen des richtigen (dem Subjekte in der objektiven Welt zukommenden) Prädikats, wesentlich ist, so hat man juristisch von jeher das blosse Nichtwissen dem Irrtum gleichgestellt und oft schlechthin als Irrtum bezeichnet.“ Und an einer anderen Stelle (S. 416) zieht der genannte Schriftsteller aus dem entwickelten Gedankengang den Schluss, dass also „der Mangel der Kenntnis juristisch das einzig Erhebliche am Irrtum sei; denn er allein bildet die Ursache, dass der Wille seinen wirklichen Ausdruck oder aber, wenn nicht seinen Ausdruck, so doch seine entfernteren

---

1. Kuhlenbeck a. a. O., S. 403 ff.

2. Vgl. Savigny System des römischen Rechtes Bd. III, 1840, §§ 135—139.

Zwecke verfehlt. Daher haben schon die römischen Juristen den positiven Irrtum und die blosse Unwissenheit (error und ignorantia) einander gleichgestellt.“[3] Diese auch m. E. zutreffende und daher in die von mir vorangestellte Definition des juristischen Irrtumsbegriffes aufgenommene Gleichstellung von Nichtkenntnis und unrichtiger Kenntnis ist heute für das Gebiet des Zivilrechtes als herrschend anerkannt. (Vergl. insbesondere: Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. I S. 350, Leonhard Der allgemeine Teil des Bürgerl. Gesetzbuchs S. 474 f., Crome System des Deutschen Bürgerlichen Rechtes Bd. I S. 419 Anm. 1, Pfeffermann „Der Begriff des wesentlichen Irrtums bei Rechtsgeschäften“ Seite 5 f., Staudinger, Kommentar zum BGB. S. 351 Note 3). Was die übrigen noch nicht erläuterten Begriffsmerkmale betrifft, so kämen in Betracht:

a. die unbewusste Divergenz von Wille und Erklärung. Was hierunter zu verstehen ist, kann nicht zweifelhaft sein. Es gehören hierher die Fälle, dass der Wille durch die Sprache (Fall des Versprechens) oder durch mechanische Mittel (Fall des Verschreibens, Verdruckens etc.) unzutreffend geäussert worden ist. Das Gesetz (§ 119 Abs. 1) bedient sich hierbei des Ausdrucks, dass der Erklärende „eine Erklärung dieses Inhaltes überhaupt nicht abgeben wollte.“

b. Ein Irrtum im juristischen Sinn liegt ferner vor, wenn die Erklärung zurückzuführen ist auf unrichtige (Falschwissen) bezw. mangelnde Kenntnis (Nichtwissen) des Inhaltes der Erklärung. Hierher gehören z. B. die bei Dernburg Bürgerl. Recht Bd. I Seite 484 (§ 145 I 1) behandelten Fälle.

Auch hier wird es im Allgemeinen unschwer festzustellen sein, ob dieser Irrtumsfall, nach dem Ausdruck des Gesetzes (§ 119 Abs. 1) der „Irrtum über den Inhalt der Erklärung“, vorliegt.[4]

---

3. Vergl. l. 5 § 1 D 41, 10: quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est.

4. Hiervon verschieden ist der Fall des Dissenses, d. h. der Fall, dass bei einem Vertrage die beiden Kontrahenten annahmen,

c. Erhebliche Schwierigkeiten bei der Interpretation bietet nur der Irrtumsfall des § 119 Abs. 2 BGB., nämlich der Irrtum (also die falsche bezw. fehlende Kenntnis) bezüglich „solcher Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden.“ Das Gesetz sagt von diesem Irrtum, dass er „auch als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt“. An diesen Gesetzeswortlaut hat sich bei der Frage der Auslegung des § 119 Abs. 2 ein Streit angeschlossen, der zwar praktisch ohne jegliche Bedeutung ist, jedoch immerhin eines gewissen theoretischen Interesses nicht entbehrt, nämlich ein Streit über die Frage, ob es sich im § 119 Abs. 2 um einen Fall des unechten Irrtums (d. h. des Irrtums über den Inhalt einer Willenserklärung) oder um einen Fall des echten Irrtums (d. h. des Irrtums im Motiv) handelt. Beide Auslegungen nehmen den Wortlaut des Gesetzes für sich in Anspruch.

Die Vertreter der Anschauung, dass § 119 Abs. 2 einen Fall des unechten Irrtums behandelt, erklären natürlich den § 119 Abs. 2 für eigentlich überflüssig, da der daselbst gegebene gesetzliche Tatbestand bereits in dem Tatbestand des § 119 Abs. 1 enthalten und durch ihn geregelt sei, und behaupten, dass die besondere Hervorhebung im § 119 Abs. 2 einzig und allein zurückzuführen sei auf das Bestreben des Gesetzgebers, jeden Zweifel, der etwa bei der Interpretation dieses Irrtumsfalles sonst entstehen könnte, abzuschneiden. Für diese Anschauung, als deren Hauptvertreter namentlich Rudolf Leonhard (Allgem. Teil des Bürgerl. Gesetzbuches S. 491) zu nennen ist, hat der § 119 Abs. 2 mit dem Worte „gilt“ lediglich eine Auslegungsregel geben wollen.

Die Vertreter der anderen Anschauung, welche in § 119

---

dass eine Einigung zwischen ihnen bereits zustande gekommen sei, obwohl ihre einzelnen Erklärungen miteinander nicht übereinstimmten, somit also von einem Vertrage noch keine Rede sein konnte. Beispiele hierfür siehe bei Dernburg Bürgerl. Recht Bd. I, S. 483 (§ 144 II mit Anm. 3).

Abs. 2 einen Fall des echten Irrtums erblicken, namentlich Planck und Enneccerus-Lehmann,[5],[6] bestreiten natürlich, dass der § 119 Abs. 2 eigentlich überflüssig sei, da der Tatbestand des § 119 Abs. 1 eine Anfechtung nur gewähre für den Fall des Irrtums über den Inhalt der Erklärung, jedoch ausschliesse für den Fall des Irrtums im Motiv, und behaupten, dass der Irrtum über die genannten Eigenschaften unter den § 119 Abs. 1 nur dann zu subsumieren sei, wenn „diese Eigenschaften in das Rechtsgeschäft aufgenommen worden sind". Darüber hinaus, so behaupten die Vertreter dieser Ansicht, handele es sich in § 119 Abs. 2 um einen Fall des Irrtums im Motiv; die Gewährung der Anfechtung auch für diesen Fall bedeute eine Konzession an die Allgemeinheit „gerechtfertigt durch die Rücksicht auf das bestehende Recht und auf die Auffassung des Verkehrs".[5] Für diese Anschauung hat § 119 Abs. 2 mit dem Worte „gilt" eine Fiktion aufgestellt, mit welcher der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht hat, dass der Tatbestand des § 119 Abs. 2 dem des § 119 Abs. 1 rechtlich gleich zu behandeln ist, dass also dem einzelnen bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 119 Abs. 2 das Recht der Anfechtung unter den gleichen allgemeinen Voraussetzungen wie in § 119 Abs. 1 gestattet ist.

Bezüglich dieser praktischen Bedeutung des § 119 Abs. 2 gelangen also die Ausleger alle zu dem gleichen Schlusse.

Was nun die Konstruktionsfrage betrifft, so schliesse ich mich der Ansicht an, dass der § 119 Abs. 2 einen Fall des Irrtums im Motiv behandelt, und zwar aus folgendem Grunde:

Zunächst, meine ich, sollte es nicht geleugnet werden, dass zu den „verkehrswesentlichen Eigenschaften" des§ 119 Abs. 2 auch solche Eigenschaften gehören, welche „in das Rechtsgeschäft nicht aufgenommen", also nicht Gegenstand

---

5. Vergl. Planck Kommentar zum BGB., Bd. I, Note 2a zu § 119.

6. Enneccerus-Lehmann. Bürg. R., Bd. I, S. 166 f.

des Rechtsgeschäftes sind.[7] Gewiss können diese Eigenschaften trotzdem und müssen sogar, da § 119 Abs. 2 nur Eigenschaften, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden, berücksichtigt, eine gewisse Bedeutung für das abgeschlossene Rechtsgeschäft haben. Aber deswegen sind diese Eigenschaften noch nicht Bestandteile, nicht Inhalt des Rechtsgeschäftes. Das abgeschlossene Geschäft ist nicht über das Bestehen oder Fehlen dieser Eigenschaften abgeschlossen. Gehören aber die „verkehrswesentlichen Eigenschaften" des § 119 Abs. 2, insoweit als sie in das Rechtsgeschäft nicht aufgenommen sind, nicht zum Inhalt des Rechtsgeschäftes, so ist ein Irrtum über diese Eigenschaften insoweit auch kein Irrtum über den Inhalt einer Willenserklärung, kein unechter Irrtum. Vielmehr hat derjenige, der das Bestehen oder Fehlen dieser Eigenschaften bei Abschluss des Rechtsgeschäftes irrtümlich voraussetzte, sich solchenfalls lediglich über die Persönlichkeit des anderen oder über die Sache, auf welche die Willenserklärung sich bezog, ein falsches Urteil gebildet, welches dann auf seine Handlung von Einfluss war. Das aber ist, wie oben ausgeführt, charakteristisch für den sogen. echten Irrtum, den Irrtum im Motiv. § 119 Abs. 2 behandelt daher m. E. insoweit, als die dort bezeichneten Eigenschaften in das Rechtsgeschäft nicht aufgenommen sind, einen Fall des Irrtums im Motiv.

Da nach dem Wortlaut des Gesetzes zweifelsfrei ist, dass der Irrtum über „verkehrswesentliche Eigenschaften" des § 119 Abs. 2 dem Irrtum über den Inhalt der Erklärung in der rechtlichen Behandlung gleichgestellt ist, und nur über den Grund der Gleichstellung Streit besteht, so gilt für die Anfechtung aus § 119 Abs. 2 die gleiche allgemeine Ein-

7. In das Rechtsgeschäft aufgenommen sind Eigenschaften der Person z. B. in folgenden Fällen: Die Fähigkeit des Singens würde beim Engagement des Sängers als in den Engagementsvertrag aufgenommen zu betrachten sein, ebenso die Fähigkeit zu unterrichten und die Kenntnis im Unterrichtsgegenstande bei der Anstellung des Lehrers u. s. w.

schränkung wie für die Anfechtung aus § 119 Abs. 1. Demnach kann eine Willenserklärung wegen Irrtums über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehre als wesentlich angesehen werden, nur dann angefochten werden, wenn anzunehmen ist, dass der Irrende die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde. Die Erfordernisse für eine Anfechtung aus § 119 Abs. 2 sind also:

1. Irrtum über Eigenschaften der Person oder der Sache,
2. Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften der Person oder der Sache.
3. Es muss anzunehmen sein, dass der Irrende bei Kenntnis der Sachlage die Willenserklärung nicht abgegeben haben würde, (ein allgemeines Erfordernis jeglicher Anfechtung wegen Irrtums) und
4. Es muss anzunehmen sein, dass der Irrende bei verständiger Würdigung des Falls die Willenserklärung nicht abgegeben haben würde, (ebenfalls ein allgemeines Erfordernis jeglicher Anfechtung wegen Irrtums).

Diese 4 Erfordernisse sind im Folgenden näher zu erläutern:

1. Wer eine Willenserklärung aus § 119 Abs. 2 anficht, muss bei Abgabe der Erklärung sich im Irrtume über Eigenschaften der Person oder der Sache, welche Gegenstand der Erklärung ist, befunden haben, mit anderen Worten über Eigenschaften der Person oder der Sache eine falsche Vorstellung gehabt oder dieselben nicht gekannt haben.

Was man jedoch unter „Eigenschaften der Person oder der Sache“ im Sinne des § 119 Abs. 2 zu verstehen hat, ist eine Frage, auf die bisher m. E. nur wenig befriedigende Antwort gegeben worden ist. Ich will daher den Versuch machen, eine möglichst genaue Definition des Begriffes „Eigenschaft“ im Sinne des § 119 Abs. 2 zu geben. Ich wende mich hierbei zunächst den Eigenschaften der Person zu und gehe davon aus, dass allen Eigenschaften einer Person gemeinsam ist, dass sie nach irgend einer Richtung ein Urteil

über diese Person gewähren und zwar nicht nur über die Person als Einzelwesen, über ihre Körper- und Geistesbeschaffenheit, sowie ihre sittliche Qualität, sondern auch über die Person als Glied der menschlichen Gesellschaft, ein Urteil, also eine Antwort auf die Frage, wie die Person in dieser oder jener Beziehung ist. Im einfachsten Falle kann das Urteil sich darstellen als eine blosse Feststellung der entdeckten Eigenschaft. „Jemand ist schön, ist gross gewachsen etc.“ In komplizierteren Fällen stellt es sich dar als ein Schluss aus Vorgängen, bei denen die entdeckte Eigenschaft hervorgetreten ist. „Aus der Tatsache, dass jemand in derselben Frage ohne Grund bald diese, bald jene Ansicht hat, schliesse ich, dass er ein wankelmütiger Mensch ist, usw.“ Bei diesen Vorgängen handelt es sich stets um den Lebensgang der bestimmten Person, sei es, dass sie bei den Vorgängen handelnd, sei es, dass sie dabei leidend erscheint. Die Eigenschaften der Person treten ferner entweder an der Person oder in ihrem Lebensgange hervor, sind daselbst erkennbar, wenngleich sie auch nicht immer erkannt werden.[8]

Im Sinne des § 119 BGB. ist daher m. E. unter „Eigenschaften der Person“ dasjenige an der Person oder in ihrem Lebensgang Erkennbare zu verstehen, was ein Urteil über diese Person als Einzelwesen oder als Glied der menschlichen Gesellschaft gestattet.

Weniger Schwierigkeiten bietet der Begriff der „Eigenschaft der Sache“, dessen Definition sich leicht aus der vorher entwickelten gewinnen lässt. Gewiss kann bei Sachen nicht von einem Lebensgang die Rede sein, aber immerhin sind hier dem Lebensgang des Menschen vergleichbar die Wirkungen der Sache, sei es, dass diese sich hierbei in ruhendem Zustand, sei es, dass sie sich in Tätigkeit, insbesondere

8. Vgl. im übrigen: Rehbein. „Das Bürgerliche Gesetzbuch.“ Bd. 1, S. 133 f., ferner Hölder „Kommentar zum Allg. Teil des Bürg. Gesetzbuchs“ 1900, S. 261 f., welcher den Irrtum über die Identität einer Person als Irrtum über eine Eigenschaft der Person behandelt.

im Gebrauch befindet. Und ferner kommt es bei dem Urteil, welches man aus dem Vorhandensein oder Fehlen einer Eigenschaft einer Sache ziehen kann, vor allem auf den Wert, die zweckgemässe Verwendbarkeit und die Haltbarkeit der Sache an. Daher ist unter Eigenschaften der Sache m. E. dasjenige bei ruhendem Zustand oder bei einer Tätigkeit, insbesondere beim Gebrauch der Sache an ihr oder an ihren Wirkungen Erkennbare zu verstehen, was ein Urteil über die Sache, insbesondere über ihren Wert, ihre zweckgemässe Verwendbarkeit und ihre Haltbarkeit gestattet.

2. Die Eigenschaft, über welche der Irrtum bestand, muss ferner verkehrswesentlich sein oder, wie es in § 119 Abs. 2 heisst, „im Verkehr als wesentlich angesehen werden". Wenn schon der Begriff der Eigenschaft sehr bestritten ist, so ist es der Begriff der Verkehrswesentlichkeit noch weit mehr.[9] Mit Recht bemerkt Dernburg (Bürgerliches Recht Bd. I S. 484 f.) gegenüber dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung: „Auch diese Fassung ist bedenklich; Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden, gibt es nicht. Für den Verkehr als solchen ist nicht wesentlich, ob jemand Mann oder Frau, gesund oder krank ist, ob ein Gegenstand Holz oder Stein ist. Nur bezüglich des konkreten Geschäftes, um welches es sich handelt, können Eigenschaften einer Person oder einer Sache nach den Verkehrsauffassungen als wesentlich gelten". M. E. lässt sich eine Definition des Begriffes „verkehrswesentlich" überhaupt nicht geben. Man kann höchstens vielleicht eine im allgemeinen zutreffende Regel für die Frage, wann eine Eigenschaft verkehrswesentlich ist, dahin aufstellen, dass man sagt: Im Verkehr wird bei einem Rechtsgeschäft als wesentlich angesehen eine Eigenschaft einer Person oder einer Sache, wofern es bei diesem Rechtsgeschäft oder bei der-

---

9. Ueber die in der Literatur zu diesem Begriffe aufgestellten Formulierungen vergl. Lenel „Irrtum über wesentliche Eigenschaften" S. 4 ff.

artigen Rechtsgeschäften erforderlich oder doch mindestens angemessen ist, dass der, dem gegenüber das Rechtsgeschäft vorgenommen wird, die bestimmte Eigenschaft besitzt oder nicht besitzt(sodass also dem Irrenden nicht zugemutet werden kann, das Rechtsgeschäft demjenigen gegenüber vorzunehmen, der diese Eigenschaft hat bezw. nicht hat).[10] Wann dies der Fall ist, wird sich nicht immer mit Gewissheit feststellen lassen. Es wird vielmehr häufig ausserordentlich schwer sein, selbst im Einzelfall zu sagen, ob für diesen Fall eine bestimmte Eigenschaft vom Verkehre als wesentlich angesehen wird oder nicht. Aber Schwierigkeiten dieser Art bei der Subsumtion des Einzelfalls unter das Gesetz sind nichts Aussergewöhnliches, sondern finden ihre wohlbegründete Erklärung sowohl in der Kompliziertheit der Lebensvorgänge als auch in der Unvollkommenheit alles menschlichen Wissens. Es wird daher zur Hauptaufgabe desjenigen, der im Einzelfall über die Anwendbarkeit des § 119 Abs. 2 BGB. zu befinden hat, gehören, dass er prüft, ob das Ergebnis, zu dem die Anwendung der gesetzlichen Bestimmung führen würde, der Entwicklung des Verkehrs, wie er z. Zt. gestaltet ist, insbesondere den im Verkehr herrschenden Grundsätzen vereinbar oder zuwider ist und einem billigen gerechten Empfinden entspricht. Letzteres, da das Gesetz, indem es in § 119 Abs. 2 an die Verkehrsauffassung appelliert, zweifellos damit eine gesunde Verkehrsauffassung meint, d. h. eine solche, welche geleitet wird von der Rücksicht auf Treu und Glauben und auf die guten Sitten. Das Gesetz hat diesen Gedanken an anderer Stelle (z. B. BGB. §§ 157, 242) mehrfach selbst zum Ausdruck gebracht.

3. Es muss ferner anzunehmen sein, dass der Irrende bei Kenntnis der Sachlage die Willenserklärung nicht abgegeben haben würde. Die Entscheidung hierüber wird stets unter möglichster Berücksichtigung aller konkreten Umstände und der persönlichen Auffassung des Irrenden zu erfolgen haben. Und

10. Ebenso Kipp in Windscheids Pandekten, Bd. I, S. 396/397.

4. es muss anzunehmen sein, dass der Irrende bei verständiger Würdigung des Falles die Willenserklärung nicht abgegeben haben würde. Der hier gegebene Massstab ist — im Gegensatz zu dem eben Ausgeführten — ein objektiver. Er ermöglicht es, selbst bei Vorliegen der übrigen Tatbestandsmerkmale des § 119 Abs. 2 das Anfechtungsrecht wegen Irrtums zu versagen, lediglich aus dem Grunde, dass einen verständigen Menschen auch die Kenntnis der Sachlage von der Abgabe der Willenserklärung nicht zurückgehalten hätte.

Der Vollständigkeit halber sei schliesslich noch erwähnt, dass nach Bürgerlichem Gesetzbuch die Frage, ob der Irrtum entschuldbar oder unentschuldbar ist, für die Anfechtung wegen Irrtums ohne Belang ist.[11]

II. Täuschung. Eine Willenserklärung kann nach § 123 BGB. von dem Erklärenden angefochten werden, wofern er zur Abgabe der Erklärung durch arglistige Täuschung bestimmt worden ist. Der § 123 erfordert also:

1. arglistige Täuschung, dolus, wie es die Römer nannten. Was hierunter zu verstehen ist, hat das BGB. selbst nicht ausgeführt, und zwar deswegen nicht ausgeführt, weil das Gesetz hier an einen in der Zivilrechtswissenschaft seit uralter Zeit allgemein bekannten Begriff anknüpfte. Eine Definition des Begriffes „Täuschung" findet sich jedoch im RStrGB. § 263, wenngleich der dort entwickelte Betrugsbegriff sich nicht vollständig mit dem des Zivilrechtes deckt. Denn der § 263 StrGB. stellt unter Strafe nur den auf Vermögensschädigung gerichteten Betrug, während der § 123 BGB. diese engen Grenzen nicht kennt. Gerade deswegen

---

11. Vergl. Dernburg Bürgerl. Recht Bd. I, S. 489, Crome, System des Deutschen Bürg. Rechtes Bd. I, S. 419, Cosack, Lehrb. des Dtsch. Bürgerl. Rechts Bd. I, S. 211, Planck a. a. O., Bd. I, S. 215, Note 3 zu § 119, Leonhard Allgem. Teil des BGB. S. 474, Gareis, Allg. Teil des BGB., Note 14 IV zu § 119, Staudinger Kommentar Note IV 4 zu § 119, Schlossmann „Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und der Sache". S. 79.

hat, wie in den Kommissionsprotokollen zum Bürgerlichen Gesetzbuch[12] näher dargelegt ist, das Bürgerliche Gesetzbuch den Ausdruck „Betrug" vermieden und spricht statt dessen von „Täuschung".

Abstrahiert man jedoch von dem gesetzlichen Tatbestand des § 263 StrGB. all dasjenige, was sich auf die Vermögensschädigung bezieht, so bleibt als Rest eine auch für das Gebiet des Zivilrechtes zutreffende Definition des Begriffes „Täuschung" übrig. Danach bedeutet, wenn wir uns von dem Wortlaut des StrGB. frei machen, der Ausdruck „Täuschung" im Sinne des § 123 BGB. jede Erregung oder Benutzung eines Irrtums, sei es durch Vorspiegelung falscher Tatsachen, sei es durch Verschweigen wahrer Tatsachen, um den Getäuschten zur Abgabe einer Willenserklärung zu verleiten.[13] Zur Anfechtung berechtigt nach § 123 BGB. jedoch die Täuschung nur dann, wenn sie arglistig war. Arglist aber setzt Falschheit, ein Handeln wider besseres Wissen, voraus, bei welchem der Handelnde sich sagt, dass er ohne die Arglist einen bestimmten Erfolg, also im Falle des § 123 BGB. die Abgabe der Willenserklärung, nicht erlangen kann.[14]

2. Ein weiteres Erfordernis für die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung liegt darin, dass eine Willenserklärung nach § 123 BGB. nur dann angefochten werden kann, wenn der Erklärende zur Abgabe derselben durch die Täuschung „bestimmt" worden ist, wenn also

---

12. Siehe Kommissionsprotokolle für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB., Bd. I, S. 119.

13. So auch Dernburg Bürgerl. Recht Bd. I, S. 492: „Eine Täuschung d. h. das Hervorrufen oder die widerrechtliche Ausnutzung eines Irrtums des anderen Teiles, um ihn zur Willenserklärung zu bestimmen."

14. Vergl. Dernburg Bürgerl. Recht, Bd. I, S. 493: „Die Täuschung muss arglistig sein, d. h. im Bewusstsein, dass die Willenserklärung, welche man durch sie herbeigeführt hat, vom Getäuschten bei Kenntnis der wahren Sachlage voraussichtlich nicht oder nicht so abgegeben wäre."

zwischen Täuschung und Willenserklärung ein Kausalzusammenhang besteht. „Bestimmt“ soll übrigens nicht heissen, dass die Täuschung die einzige Ursache für die Abgabe der Willenserklärung sein muss. Es sind daneben sehr wohl noch andere Ursachen denkbar.

Insofern nun die Täuschung durch Vorspiegelung falscher Tatsachen, also durch eine positive Handlung, begangen ist, wird die Frage, ob im Einzelfalle die Täuschung Ursache der Willenserklärung war, keine Schwierigkeiten bieten, der Kausalzusammenhang also leicht festzustellen sein. — Die Täuschung kann aber nicht nur „Kommissiv-“, sondern auch „Omissivhandlung“[15] sein, d. h. begangen durch ein Unterlassen, nämlich durch Verschweigung wahrer Tatsachen. Solchenfalls wird die Feststellung des Kausalzusammenhangs im Einzelfalle schon ungleich schwieriger sein, weil ein negatives Ereignis niemals direkt Ursache eines positiven Ereignisses sein kann. Die Beziehung ist hier vielmehr nur „analog der Kausalität selbst“, analog da „der Begriff des Unterlassens (als einer willkürlichen Nichthinderung des Erfolgs) voraussetzt, dass durch das dem Täter mögliche und dennoch von ihm unterlassene Tun der eingetretene Erfolg verhindert worden wäre.“[16] Um also den nach § 123 BGB. erforderlichen Kausalzusammenhang auch für den Fall, dass die Täuschung durch Verschweigung einer wahren Tatsache begangen worden ist, festzustellen, ist zu prüfen, ob die Bekanntgabe der verschwiegenen Tatsache die Abgabe der Willenserklärung hätte verhindern können.

Wie im Strafrecht, so ist ferner auch für das Zivilrecht anzunehmen, dass in der Verschweigung einer Tatsache eine Täuschung nur dann zu erblicken ist, wenn eine Rechtspflicht zur Bekanntgabe der Tatsache bestand oder doch wenigstens

---

15. Wegen dieser Ausdrücke vergl. Gareis a. a. O. Erl. 2 zu § 123 BGB.

16. Diese von Liszt in seinem Lehrbuch des Dtsch. Strafrechtes S. 134 für das Gebiet des Strafrechts gemachten Ausführungen sind auch auf dem Gebiete des Zivilrechtes zutreffend.

Treu und Glaube und die Rücksicht auf die Verkehrssitte die Bekanntgabe erforderten.[17]

III. Zum Schluss noch ein Wort über das Verhältnis des Irrtums in § 119 und der Täuschung in § 123 BGB. zu einander. Insofern, als sowohl die eine wie die andere Gesetzesnorm die Anfechtung wegen Irrtums gewähren und zwar mit dem Unterschiede, dass in § 123 gefordert wird, dass der Irrtum auf arglistiger Täuschung beruht, während für § 119 diese Einschränkung nicht besteht, kann natürlich der § 119 als die allgemeine, der § 123 als die spezielle Norm bezeichnet werden. Daraus folgt ein Doppeltes, nämlich:

1. Im Fall einer Konkurrenz der beiden Normen ist der spezielleren der Vorzug vor der allgemeinen einzuräumen.[18]

2. Es gibt Tatbestände, welche zwar unter den § 119, jedoch nicht unter den § 123 BGB. zu subsumieren sind. Die Unmöglichkeit der Subsumtion unter § 123 schliesst daher nie[19] die Möglichkeit der Subsumtion unter § 119 aus.

3. Es fragt sich, ob es auch Tatbestände gibt, welche zwar nicht unter § 119, wohl aber unter § 123 zu subsumieren sind, m. a. W. ob die Anwendbarkeit des § 119 BGB. Voraussetzung für die des § 123 ist. Die Frage ist dahin zu beantworten, dass, wenn auch im allgemeinen der § 123 im Verhältnis zu§ 119 die spezielle Norm ist, doch immerhin in einzelnen Beziehungen der § 123 eine weitere Fassung hat als § 119. Denn die letztere Norm gewährt die Anfechtung regelmässig nur im Falle des Irrtums über den

---

17. So auch Dernburg a. a· O., Bd. I, S. 492: „Dies ist der Fall, wenn im Verkehre eine Mitteilung nach Treu und Glauben zu erwarten war.“ Vergl. ferner Eck „Vorträge über das Recht des BGB.“ Lief. 1, S. 148, welcher verlangt, dass „eine Pflicht zur Aufklärung des Irrenden“ bestand.

18. So mit Recht Schlossmann a. a. O., S. 86.

19. Anderer Meinung Schlossmann a. a. O., auf dessen Ansicht später eingegangen wird.

Inhalt einer Willenserklärung, dagegen nur ganz ausnahmsweise im Falle des Irrtums im Motiv, und knüpft die Anfechtung ausserdem noch an die Voraussetzung der objektiven und subjektiven Erheblichkeit. Der § 123 indess kennt eine derartige Einschränkung nicht, gewährt mithin die Anfechtung auch dann, wenn durch arglistige Täuschung ein Irrtum im Motiv erregt oder benutzt wird, der nach § 119 Abs. 2 zur Anfechtung nicht berechtigen würde.

Daher ist die Anwendbarkeit des § 119 nicht Voraussetzung für die des § 123.

§ 5.

Insbesondere der Irrtum über die Vorbestraftheit.

Nachdem wir im vorhergehenden uns mit allgemeinen Fragen befasst haben und zur Aufstellung allgemeiner Gesichtspunkte gelangt sind, wollen wir, von dieser Grundlage ausgehend, uns im folgenden einer spezielleren[1] Frage zuwenden, welche im Verkehrsleben eine bedeutende Rolle zu spielen geeignet ist, nämlich der Frage nach der Bedeutung des Irrtums über die Vorbestraftheit als Anfechtungsgrund. Diese Frage lässt sich etwa in folgende Formel bringen: Der A weiss bei Abgabe einer Willenserklärung gegenüber dem B nicht, dass B vorbestraft ist. Kann er wegen dieser Unkenntnis die abgegebene Erklärung anfechten?

Die grosse Bedeutung dieser Frage liegt mit Rücksicht auf das Ergebnis, welches von ihrer Beantwortung abhängt, auf der Hand; denn

1. ist die Zahl der Vorbestraften im Staate eine so grosse, dass die Vorbestraftheit zu einer ganz gewöhnlichen Erscheinung des täglichen Lebens, wenigstens in einer Unzahl von Fällen, herabgesunken ist.

---

1. Wenigstens im Vergleich zum bisherigen ist die Frage spezieller. An sich ist sie indess immer noch allgemein genug.

Der Grund hierfür liegt darin, dass der Strafanspruch des Staates ein so umfassender ist, dass er sich nicht nur auf Fälle bezieht, in denen die Anwendung strengster Strafe geboten ist, sondern auch auf Fälle, welche die mildeste Beurteilung verdienen. Daher schliesst die Vorbestraftheit eines Menschen keineswegs aus, dass die Handlung, wegen deren er vorbestraft ist, vom Standpunkte des allgemeinen Sittengesetzes aus in jeder Beziehung zu rechtfertigen, mindestens nicht als verwerflich zu bezeichnen ist. Der wegen Bettelns Vorbestrafte, ganz gleich, ob er völlig arbeitsunfähig war und nur aus dringendster Not zu diesem letzten Mittel griff, um sich vor dem Verhungern zu schützen, der, welcher wegen Verletzung der Anmeldepflicht bestraft worden ist, — die Fälle liessen sich beliebig häufen —, sie alle sind vorbestraft und teilen dieses für sie traurige Schicksal mit der Zahl derer, welche die Strafe wohl verdient haben, weil ihre Handlungsweise von verwerflicher Gesinnung zeugte, regelmässig[2] also mit den wegen schwerer Delikte (Diebstahls, Unterschlagung, Betrugs, Urkundenfälschung, Körperverletzung, Sachbeschädigung usw.) vorbestraften Personen. Das tägliche Leben, der Verkehr, macht hier den von mir vorausgeschickten Unterschied und betrachtet die Vorbestraftheit daher als Makel nur dann, wenn die Strafe die Folge einer unehrenhaften, verwerflichen Handlung war; anderenfalls jedoch betrachtet der Verkehr die Vorbestraftheit stets als unwesentlich. Und:

2. ist die eigentliche Aufgabe der Strafe, begangenes Unrecht zu sühnen und erzieherisch auf den Täter und in gewissem Sinne auch auf die Allgemeinheit zu wirken, aber nicht für den Täter zeitlebens eine Fessel zu bilden, welche ihn in seinem Erwerbsleben dauernd behindert. Denn letzteren Falls hätte die Strafe eine Macht, welche ihr zweifellos nicht zukommt und welche auch keineswegs von dem-

2. Bei besonderer Lage des Einzelfalls ist natürlich sehr wohl denkbar, dass auch das schwere Delikt keinen Beweis für verwerfliche Gesinnung erbringt.

jenigen, der sie verhängte, beabsichtigt war, eine Macht, die um so gefährlicher ist, als sie geeignet ist, den nach Abbüssung seiner Strafe vielleicht mit den besten Vorsätzen beseelten ehemaligen Uebeltäter aus Not und Erbitterung wieder auf die schiefe Bahn des Verbrechens zu treiben.

Aus alledem ist schon so viel ersichtlich, dass eine einheitliche Beantwortung der vorangestellten Frage für die zahlreichen Fälle der Vorbestraftheit unmöglich, mit anderen Worten also weder der Irrtum über Vorbestraftheit eines anderen als Anfechtungsgrund stets ohne Bedeutung noch stets von Bedeutung ist.

Um zu der aufgeworfenen Frage Stellung zu nehmen, wollen wir davon ausgehen, dass es sich hierbei lediglich darum handelt, ob der Irrtum über die Vorbestraftheit unter die beiden Irrtumsparagraphen (119 und 123 BGB.) oder unter einen derselben zu subsumieren ist. § 119 — genauer § 119 Abs. 2, denn nur um diesen kann es sich bei dem Irrtum über die Vorbestraftheit handeln — kann überhaupt nur in Frage kommen, wenn die Vorbestraftheit eine „Eigenschaft" im Sinne dieser Gesetzesnorm ist. Was darunter zu verstehen ist, haben wir oben Seite 34 näher dargelegt.

Eine „Eigenschaft" in diesem Sinne nun ist die Vorbestraftheit, da sie im Vorleben des Bestraften erkennbar, feststellbar ist und ein Urteil über den Bestraften als Glied der menschlichen Gesellschaft gestattet. Denn der Bestrafte hat Strafgesetze, d. h. Bestimmungen, welche zum Schutze anderer, im Interesse also der ungestörten Entwickelung des gesellschaftlichen Lebens, erlassen worden sind, übertreten und damit nicht nur dokumentiert, dass er in einer bestimmten Lage, für welche die Strafbestimmung erlassen worden ist, dem Triebe, gesetzwidrig zu handeln, nicht genügend Widerstand entgegengesetzt hat, sondern zugleich auch, dass immerhin die Gefahr besteht, dass er in ähnlicher Lage wieder nicht stark genug sein wird, sich von verbotenen Handlungen fernzuhalten, in einer gewissen Zahl von Fällen auch dokumentiert, dass er sittlich degeneriert ist.

Ist also die Vorbestraftheit eine Eigenschaft im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB., so ist sie deshalb noch nicht in jedem Falle eine Eigenschaft, welche im Verkehre als wesentlich angesehen wird. Denn gerade der Verkehr macht, wie wir oben ausgeführt haben, einen scharfen Unterschied zwischen solchen Vorstrafen, welche für unehrenhafte Handlungen, für Handlungen, die von verwerflicher Gesinnung, rohem Charakter, kurz von unmoralischem Lebenswandel zeugen, verhängt worden sind, und solchen, die für die Beurteilung des Bestraften in dieser Richtung indifferent sind. Wir wollen daher unserer Erörterung der Frage, ob eine Willenserklärung wegen Irrtums über die Vorbestraftheit eines anderen angefochten werden kann, diese Unterscheidung ebenfalls zu Grunde legen. Wir gelangen dabei zu folgendem Ergebnis:

1. Ist der Erklärungsempfänger lediglich wegen einer Handlung vorbestraft, die für die Beurteilung des Bestraften in sittlicher Beziehung indifferent ist, so kann der Erklärende wegen Irrtums über die Vorbestraftheit des anderen Teils nie anfechten:

a) auf Grund des § 119 Abs. 2, da derartige Vorstrafen vom Verkehr, wie gesagt, nie als wesentlich angesehen werden.

b) regelmässig auch nicht auf Grund des § 123. Denn bei einer derartigen Vorbestraftheit wird im Verschweigen der Vorstrafen, ja selbst in der Behauptung der Unbestraftheit, wobei gleichgültig ist, ob sie auf Befragen oder ohne ein solches abgegeben wurde, eine arglistige Täuschung regelmässig schon deshalb nicht zu erblicken sein, weil der so Vorbestrafte für gewöhnlich sich beim Verschweigen der Vorstrafen bezw. der Behauptung der Unbestraftheit nicht dessen bewusst sein wird, dass im Falle der Bekanntgabe der Vorstrafen der Erklärende die Willenserklärung nicht abgeben würde. Der Bestrafte wird vielmehr solchenfalls regelmässig — nicht ohne Grund — annehmen, dass der Erklärende an der Kenntnis dieser Vor-

strafen keinerlei Interesse haben kann, da er hierauf ja doch keinen Wert legen würde. Er wird deshalb, zumal es ohnehin peinlich ist, zu erzählen, dass man bereits vorbestraft ist, den Erklärenden umsoweniger hierüber unterrichten. Das aber ist kein arglistiges Verhalten. Nur dann, wenn der Vorbestrafte weiss, dass der Erklärende auf die völlige Unbestraftheit Wert legt, aber auch nur in diesem Fall, ist der Vorbestrafte nach Treu und Glauben dazu verpflichtet, auf Befragen[3] den anderen Teil selbst über derartige Vorstrafen zu unterrichten. Unterlässt er es, obwohl er also bei Abgabe der Erklärung genau weiss, dass der Erklärende, wenn er die Wahrheit hört, die Erklärung nicht abgeben würde, so ist in seinem Handeln eine arglistige Täuschung zu erblicken, durch welche der Erklärende zur Abgabe der Erklärung bestimmt worden ist. Solchenfalls, aber, wie gesagt, auch nur solchenfalls kann der Erklärende selbst wegen des Irrtums über derartige Vorstrafen seine Willenserklärung auf Grund des § 123 BGB. anfechten.

2. Handelt es sich dagegen bei den Vorstrafen des Erklärungsempfängers um solche, welche wegen sittlich verwerflicher Handlungen verhängt worden sind, so wird denselben zwar vom Verkehre für die Beurteilung des Bestraften in vielen Beziehungen die ihnen gebührende Bedeutung beigelegt; dadurch allein aber wird eine derartige Vorbestraftheit noch nicht verkehrswesentlich im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB. Hierzu muss vielmehr, um uns auf frühere Ausführungen (vgl. § 4 I c 2 unserer Arbeit) zu beziehen, noch hinzukommen, dass es bei der Willenserklärung, welche wegen des Irrtums über die Vorbestraftheit angefochten werden soll, erforderlich oder doch mindestens angemessen ist, dass der Erklärungsempfänger derartige Vorstrafen nicht erlitten

3. Wie der Fall liegt, wenn der Vorbestrafte zwar weiss, dass der Erklärende auf die völlige Unbestraftheit Wert legt, dieser ihn aber über seine Vorbestraftheit nicht befragt, darüber vgl. unten *ββ* (S. 54 ff.).

hat. M. a. W. die Vorstrafen müssen bei Berücksichtigung ihres Grundes und ihrer Höhe den Bestraften ungeeignet machen für diejenige Rechtsstellung, welche er durch die betreffende Willenserklärung erlangt.

a. Ist es für die Rechtsstellung, die der Bestrafte durch die Willenserklärung erlangt, an sich gleichgültig, ob er bestraft ist oder nicht,[4] so kann:

α) der andere Teil seine Willenserklärung nie auf Grund des § 119 Abs. 2 anfechten, da, wie gesagt, solchenfalls die

4. Dies ist stets dann der Fall, wenn die Rechtsstellung, die der Bestrafte durch die Willenserklärung erlangt, keine Vertrauensstellung ist. Z. B. der Bestrafte soll als Steinklopfer oder Laternenanzünder etc. beschäftigt werden. Hierher gehören auch insbesondere die Verkehrsgeschäfte des täglichen Lebens, bei denen grundsätzlich die Person des Geschäftsschliessenden gleichgültig ist, wie der Kauf von Gegenständen (z. B. Lebensmitteln, Gebrauchsgegenständen etc.), insoweit man ihn im Verkehre für gewöhnlich nicht um der Person des Verkäufers willen, sondern aus anderen Gründen gerade mit diesem Ver käufer abschliesst, etwa: weil die von ihm feilgebotenen Gegenstände schön aussehen oder sehr preiswert erscheinen oder weil dieser Verkäufer leichter als ein anderer für den Käufer zu erreichen ist etc. Daher ist anzunehmen, dass selbst eine schwere Vorbestraftheit, ja selbst Vorstrafen, die der Bestrafte erlitten hat, weil er sein Gewerbe unehrlich getrieben (z. B. Nahrungsmittel verfälscht) hat, den Bestraften für die Rechsstellung die er aus dem Verkauf (etwa dem Verkauf von Nahrungsmitteln) erlangt, nicht ungeeignet machen. Er mag vielleicht sehr ungeeignet erscheinen, dieses Gewerbe (etwa den Verkauf von Nahrungsmitteln) fortzusetzen. Er kann jedoch hieran infolge der bestehenden Gewerbefreiheit grundsätzlich nicht verhindert werden. Zur Uebernahme der Rechte und Pflichten aus dem einzelnen Kaufvertrag erscheint er indessen nicht als ungeeignet. — Anders liegt allerdings der Fall, wenn es sich um Verträge handelt, bei denen das persönliche Moment, das Vertrauen, eine massgebende Rolle spielt (so etwa bei Lieferungsverträgen, welche in einem grösseren Umfang, also nicht zur Deckung des täglichen Bedarfs, und gleichzeitig für einen längeren Zeitraum abgeschlossen werden).

Vorbestraftheit vom Verkehre nicht als wesentlich angesehen wird.

β) Für die Frage der Anfechtbarkeit auf Grund des § 123 kommt hier alles darauf an, ob der Erklärende bei Abschluss des Rechtsgeschäftes zum Ausdruck gebracht hat, dass er auf völlige Unbestraftheit oder doch mindestens auf das Fehlen schwerer Vorstrafen Wert lege.

Er kann dies z. B. dadurch zum Ausdruck bringen, dass er den anderen Teil danach fragt, ob er vorbestraft ist, da diese Frage, wenn sie nicht beweist, dass es dem Erklärenden wenigstens doch auf das Fehlen schwerer Vorstrafen ankommt, überhaupt keinen Sinn hätte. Er kann diesen Gedanken ferner zum Ausdruck bringen, wenn er sonst in irgend einer Weise (z. B. durch Plakat) kenntlich macht, dass er ein bestimmtes Rechtsgeschäft derart Vorbestraften gegenüber nicht vornehmen will. Letzterenfalls wird man annehmen müssen, dass der derartig Vorbestrafte nach Treu und Glauben auch ungefragt die Tatsache seiner Vorbestraftheit dem anderen bekannt zu geben hat, es sei denn, dass er Grund hat,[5] damit zu rechnen, dass der andere von seiner Vorbestraftheit bereits Kenntnis hat. Hat er zu dieser Annahme Grund,[5] so ist er selbst, wenn der Erklärende in

5. Er hat solchen Grund z. B., wenn er vor Geschäftsschluss den Erklärenden in einem der Post übergebenen Briefe von seiner Vorbestraftheit in Kenntnis gesetzt hat, der Brief aber ohne Wissen und Verschulden des Bestraften nicht in die Hände des Erklärenden gelangt ist. Ein solcher Grund liegt ferner z. B. vor, wenn der Erklärende mit einem über die Vorbestraftheit des Erklärungsempfängers unterrichteten Dritten (wie etwa dem Vorsteher eines Vereins zur Fürsorge für entlassene Strafgefangene oder dem Zuchthaus- bezw. Gefängnisdirektor) bekannt ist und der Bestrafte dies weiss, sowie aus irgend welchen besonderen Tatsachen annehmen kann, dass der Erklärende diesem Dritten mitgeteilt hat, mit wem er das betreffende Rechtsgeschäft abschliessen will. Endlich hat er solchen Grund, wenn die Vorbestraftheit des Erklärungsempfängers ortskundig ist. (Wegen der Beispiele vgl. Schlossmann „Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und der Sache." (S. 89.)

anderer Weise als durch Befragen kenntlich gemacht hat,[6] dass er auf das Fehlen derartiger Vorstrafen beim Erklärungsempfänger Wert lege, zur Bekanntgabe seiner Vorbestraftheit nicht verpflichtet. Solchenfalls kann also auch von einer Anfechtung auf Grund des § 123 BGB. keine Rede sein.

b. Macht dagegen die Vorbestraftheit den Bestraften ungeeignet für die Rechtsstellung, die er durch die Willenserklärung erlangt,[7] so kann der Erklärende, wenn er bei Abgabe seiner Erklärung die Vorbestraftheit des anderen Teils nicht kannte:

α) seine Erklärung stets wegen Irrtums aus § 119 Abs. 2 BGB. anfechten, da solchenfalls der Verkehr die Vorbestraftheit immer als wesentlich ansieht. Und dies mit Recht, da selbstverständlich viel darauf ankommt, dass der Erklärende bei Abgabe seiner Erklärung eine Eigenschaft des anderen Teils nicht gekannt hat, bei deren Kenntnis er sich sagen musste, dass der andere Teil für die Rechtsstellung, die er durch die Willenserklärung erlangt, ungeeignet ist. Es ist daher zugleich auch anzunehmen, dass der Erklärende bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles die betreffende Willenserklärung nicht abgegeben haben würde. Damit aber sind alle Erfordernisse des § 119 Abs. 2 erfüllt. Nicht ist notwendig, dass der Erklärende sich ohne Verschulden in Unkenntnis der Vorbestraftheit des anderen Teils befand. Wir haben dies oben Seite 37 näher dargelegt. Daher kann dem Erklärenden auch nicht entgegengehalten werden, dass man über derartige Fragen wie die Vorbestraftheit vor der Abgabe der Willenserklärung Er-

6. Ueber den Fall, dass der Erklärende selbst nicht zum Ausdruck bringt, dass er auf völlige Unbestraftheit oder das Fehlen schwerer Vorstrafen Wert legt, s. unten ββ (S. 54 ff.).

7. Z. B. der wegen Unterschlagung Vorbestrafte soll als Kassierer oder als Verkäufer, der wegen Körperverletzung oder wegen Sittlichkeitsdelikte Vorbestrafte soll als Hauslehrer, der wegen Betrugs und Urkundenfälschung Vorbestrafte als Gutsverwalter angestellt werden.

kundigungen einzuziehen pflege. Eine Rechtspflicht zu derartigen Erkundigungen besteht keineswegs. Immerhin mag für denjenigen, welcher meint, dass sie im Verkehre üblich seien, in dem Unterlassen solcher Erkundigungen ein Ausserachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, eine Fahrlässigkeit, erblickt werden können. Für die Anfechtung wegen Irrtums ist dies jedoch, wie gesagt, unerheblich.

Anderer Meinung ist allerdings Lenel, dessen Ausführungen[8] auf folgendem Gedanken basieren: „Wenn sich nachträglich ergebe, dass z. B. der engagierte Kassierer schon wegen Unterschlagung im Gefängnis gesessen habe, so sei dies kein Anfechtungsgrund, denn über Fragen wie diese pflege man sich vor dem Vertragsschluss im Wege der Erkundigung zu informieren, im Vertragsinhalt selbst spielen sie regelmässig keine Rolle.“ Soweit es sich bei diesen Ausführungen um die Frage der Entschuldbarkeit des Irrtums handelt, verweisen wir auf unsere obigen Darlegungen. Insofern Lenel indessen weiter Wert darauf legt, dass die Frage der Vorbestraftheit regelmässig im Vertragsinhalt keine Rolle spielt, sind seine Ausführungen von der viel zu engherzigen Anschauung getragen, dass unter „verkehrswesentlichen Eigenschaften“ im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB. nur solche Eigenschaften zu verstehen sind, welche Gegenstand des betreffenden Rechtsgeschäftes sind. Den Begriff der verkehrswesentlichen Eigenschaft aber derart eng zu interpretieren, liegt nach dem Gesetzeswortlaut, wie wir früher ausgeführt haben, nicht der mindeste Grund vor. Insbesondere wird durch die Wendung „Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt“ nach dieser Richtung nichts bewiesen. Im Gegenteil: Da der Verkehr die Vorbestraftheit, welche den Erklärungsempfänger für die durch die Willenserklärung erlangte Rechtsstellung ungeeignet macht, als wesentlich ansieht, obwohl es selbst nach Lenel im Verkehre

8. Lenel „Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften“ S. 21. Dem entgegen gelangt zum gleichen Ergebnis wie der Verfasser: Kipp bei Windscheid a. a. O. Bd. I, S. 397.

üblich ist, sich vor Abgabe der Willenserklärung über derartige Fragen zu informieren, obwohl also die Vorbestraftheit im Inhalte der Willenserklärung selbst regelmässig keine Rolle spielt, so folgt hieraus, dass der Begriff der verkehrswesentlichen Eigenschaften eben auch solche Eigenschaften umfasst, welche nicht Gegenstand der Willenserklärung sind. Um zu beurteilen, ob § 119 Abs. 2 zur Anwendung kommen kann, hat es sich nur um die Frage zu handeln, ob der gesetzliche Tatbestand des § 119 Abs. 2 erfüllt ist, d. h. vorliegend, ob in einer Vorbestraftheit, welche den Bestraften zu der durch die Willenserklärung zu erlangenden Rechtsstellung ungeeignet macht, eine Eigenschaft zu erblicken ist, welche im Verkehr als wesentlich angesehen wird. Ist dies der Fall — und m. E. kann hieran nicht der mindeste Zweifel sein —, so hat § 119 Abs. 2 bei Irrtum über derartige Vorbestraftheit zur Anwendung zu kommen.

Es sei schliesslich auch noch darauf hingewiesen, dass in einer sehr grossen Zahl von Fällen die Einholung von Erkundigungen über die Vorbestraftheit des Erklärungsempfängers garnicht angängig ist. Das wirtschaftliche Leben, der Verkehr, flutet viel zu schnell dahin, als dass dem Einzelnen stets Zeit oder Gelegenheit zu solchen Erkundigungen übrig bliebe. Insbesondere sind dieselben bei Leuten, an die der Verkehr jederzeit die erheblichsten Anforderungen stellt, vor allem bei den Leitern grosser wirtschaftlicher Betriebe, in keiner Weise üblich oder auch nur durchführbar. Man denke sich nur, dass z. B. ein Besitzer eines Warenhauses mit mehreren Filialen, in denen zusammen 3—4000 Menschen, häufig sogar noch mehr, beschäftigt werden, über das Vorleben, insbesondere über die Vorbestraftheit all seiner Verkäufer, Kassierer und Abteilungsleiter Erkundigungen einziehen soll, womöglich auch noch darüber, ob nicht vielleicht der Fabrikant, von dem das Haus Waren bezieht, bereits wegen Betrugs vorbestraft ist. Würde das, was nach der Ansicht Lenels im Verkehre üblich ist, auch in solchen Fällen gefordert werden,

nämlich dass der Erklärende sich vorher über die Vorbestraftheit des anderen Teils informieren mag, so würden grosse wirtschaftliche Betriebe, wie Warenhäuser, grosse Fabriken und sonstige grosse kommerzielle, gewerbliche oder landwirtschaftliche Unternehmungen eine der Entwickelung dieser Betriebe geradezu unheilvolle Hemmung erleiden.

Aber nicht nur bei grossen wirtschaftlichen Betrieben wird es fast regelmässig an Zeit und Gelegenheit zu derartigen Erkundigungen mangeln, sondern auch bei kleinen Betrieben, sofern der Leiter dieser Betriebe aus sonstigen Gründen eine umfangreiche Tätigkeit hat.

Dazu kommt, dass Erkundigungen über das Vorleben, insbesondere gerade über die Vorbestraftheit einer Person, ein regelmässig sehr unzuverlässiges Mittel sind und keineswegs auch nur in der Mehrzahl der Fälle den wahren Sachverhalt zu Tage fördern.

Und wie, wenn die eingezogenen Erkundigungen über die Tatsache der Vorbestraftheit nichts berichten, soll auch dann die Anfechtung wegen Irrtums versagt sein?

Schliesslich sei noch einem Einwand Schlossmanns[9] begegnet, wonach die Anwendbarkeit des § 119 Abs. 2 BGB. selbst bei Irrtum über derartige Vorbestraftheit, wie sie hier (Ziffer 2b) zur Erörterung steht, ausgeschlossen sein soll. Schlossmann erkennt zwar an, dass der Irrtum über derartige Vorbestraftheit ein Irrtum über eine Eigenschaft ist, welche im Verkehr als wesentlich angesehen wird. Trotzdem, meint er, könnte § 119 Abs. 2 aus folgendem Grunde nicht Platz greifen:

Nicht nur der § 119 Abs. 2, sondern auch der § 123 BGB. setze Irrtum des Erklärenden voraus. Unter diesen beiden Bestimmungen sei § 119 Abs. 2 eine allgemeine, § 123 dagegen eine spezielle Norm. Bei einer Konkurrenz der Normen sei demgemäss der spezielleren Norm des § 123 der Vorzug vor der allgemeinen des § 119 einzuräumen. „In vielen Verhältnissen nun", so fährt der genannte Schriftsteller fort, „werden gewisse persönliche Eigenschaften des

9. Schlossmann a. a. O., S. 86, 87.

einen der Beteiligten allgemein als so wesentlich angesehen, dass jeder, der ein solches Verhältnis eingeht, annehmen muss und wird, dass der andere das Vorhandensein jener Eigenschaft an ihm ohne weiteres voraussetzt. Fehlt ihm diese Eigenschaft und macht er den anderen auf deren Fehlen nicht aufmerksam, so kann man hierin eine durch „Unterdrückung einer wahren Tatsache" verübte arglistige Täuschung sehen, die nach § 123 zur Anfechtung berechtigt und nach dem vorhin aufgestellten Prinzip werden wir die Fälle von Irrtümern über solche Eigenschaften ausschliesslich an dem Massstabe des § 123 zu messen haben, sodass, wo nicht ein durch arglistige Täuschung erzeugter Irrtum vorliegt, auch eine Anfechtung nach § 119 Abs. 2 ausgeschlossen bleiben muss."

Hiergegen ist einzuwenden: Die ganze Theorie Schlossmanns widerspricht sich selbst und bedeutet eine völlige Verkennung des für den Fall der Konkurrenz der Normen aufgestellten Prinzips. Denn auch Schlossmann muss zugeben und gibt in den Worten „wo nicht ein durch arglistige Täuschung erzeugter Irrtum vorliegt" in der Tat zu, dass es in den von ihm geschilderten Verhältnissen Fälle gibt, in denen in dem Fehlen der in Frage stehenden Eigenschaft auf Seiten des einen der Beteiligten und in dem Umstand, dass dieser „den anderen auf das Fehlen der Eigenschaft nicht aufmerksam macht", noch keineswegs „eine durch Unterdrückung einer wahren Tatsache verübte arglistige Täuschung" erblickt werden kann. Schlossmann belegt dies an anderer Stelle (a. a. O. S. 88 f) sogar mit Beispielen. Verkannt aber ist ferner das Prinzip, dass bei einer Konkurrenz der §§ 119 Abs. 2 und 123 der spezielleren Norm des § 123 der Vorzug vor der allgemeinen des § 119 Abs. 2 einzuräumen ist, wenn Schlossmann meint, dass dieses Prinzip in Fällen, wo zwar ein Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften, aber „nicht ein durch arglistige Täuschung erzeugter Irrtum vorliegt", überhaupt in Frage kommt; denn gerade in diesen Fällen kann von einer Konkurrenz der beiden Paragraphen überhaupt keine Rede sein. Es gilt hier vielmehr das von

uns oben (vgl. § 4 III, 2) aufgestellte Prinzip, dass die Unmöglichkeit der Subsumtion unter § 123 nie die Möglichkeit der Subsumtion unter § 119 ausschliesst.

Demgemäss kann also der Erklärende wegen Irrtums über die Vorbestraftheit des Erklärungsempfängers, wofern sie diesen für die Rechtsstellung, die er durch die Willenserklärung erlangt, ungeeignet macht, auf Grund des § 119 Abs. 2 stets anfechten, wobei allerdings in denjenigen Fällen, in welchen der Irrtum auf arglistiger Täuschung beruht, der Anfechtung auf Grund des § 123 der Vorzug vor der Anfechtung auf Grund des § 119 einzuräumen ist.

β) Auf Grund des § 123 BGB. nun kann wegen Irrtums über eine derartige Vorbestraftheit die Willenserklärung nur dann angefochten werden, wenn der Irrtum auf arglistiger Täuschung beruht. Letztere ist hier stets in der Behauptung des Bestraften, dass er unbestraft oder nicht derart vorbestraft sei, häufig jedoch auch schon im blossen Verschweigen der Vorbestraftheit zu erblicken:

aa. in der Behauptung des Vorbestraften, dass er unbestraft oder nicht derart vorbestraft sei. Es liegt also arglistige Täuschung auch dann vor, wenn der Erklärungsempfänger die Frage, ob er vorbestraft ist, zwar bejaht und die leichteren Strafen berichtet, jedoch über die schwerere Strafe nichts verlauten lässt. Solchenfalls ist in der Aufzählung der Vorstrafen die Behauptung zu erblicken, dass der Bestrafte weitere als die aufgezählten Vorstrafen nicht erlitten hat.

Ob der Bestrafte die Behauptung, dass er unbestraft oder doch nicht derart vorbestraft sei, auf Befragen oder ohne solches abgiebt, ist rechtlich gleichgültig.

bb. häufig auch schon im blossen Verschweigen der Vorbestraftheit. Dieses steht als Unterlassung, wie wir früher ausgeführt haben, der Behauptung einer unwahren Tatsache nur dann gleich, wenn für den Schweigenden eine Rechtspflicht zur Bekanntgabe der Vorbestraftheit bestand oder doch wenigstens die Bekanntgabe im Verkehre nach Treu und Glauben zu erwarten war.

αα) Dass der derart vorbestrafte Erklärungsempfänger

bei Abschluss des Rechtsgeschäftes dem Erklärenden von seinen Vorstrafen Mitteilung zu machen hat, wofern dieser ihn danach fragt, kann mit Fug und Recht nicht bestritten werden. Dem Befragen stehen natürlich solche Aeusserungen des Erklärenden gleich, aus denen der Bestrafte entnehmen konnte, dass der Erklärende von der Vorbestraftheit keine Kenntnis habe. Ferner steht dem Befragen der Fall gleich, dass der Erklärende dem Erklärungsempfänger kenntlich macht, dass er ein bestimmtes Rechtsgeschäft nur einem Unbestraften oder doch nicht schwer Vorbestraften gegenüber vornehmen will. Die Kenntlichmachung kann z. B. durch Plakate oder Verschaffung der Einsicht in die Anstellungsbedingungen erfolgen, sofern in denselben die Unbestraftheit pp. gefordert wird.

ββ) Dass der Vorbestrafte jedoch auch ohne solches Befragen dem Erklärenden bei Abschluss des Rechtsgeschäftes über seine Vorstrafen Mitteilung zu machen hat, ist in der Literatur vor allem von Lenel[10] aufs entschiedenste geleugnet und zwar ganz generell geleugnet (also selbst für Fälle einer Vorbestraftheit, welche den Erklärungsempfänger für die Rechtsstellung, die er durch die Willenserklärung erlangt, ungeeignet macht).

Lenel meint, dass den Vorbestraften — auch den derart Vorbestraften — „nicht zuzumuten sei, über ihre bedenkliche Vergangenheit ungefragt Auskunft zu geben."

Lenel hat mit diesen Worten unseres Erachtens den Kern getroffen. Es kann in der Tat nach Treu und Glauben im Verkehre von niemandem gefordert werden, dass er freiwillig durch Bekanntgabe seiner Vorbestraftheit sich jeder Existenzmöglichkeit beraubt. Um so weniger als es, wie früher ausgeführt, dem Zweck und dem Wesen der Strafe widersprechen würde; denn der Vorbestrafte ist sehr wohl zu der Annahme berechtigt, dass durch die Abbüssung der Strafe die frühere Verfehlung gesühnt ist. Eine Pflicht zur Bekanntgabe der Vorstrafen wird selbst dann nicht statuiert werden können, wenn der Bestrafte zwar weiss (z. B. in-

10. Lenel a. a. O., S. 21.

folge von Mitteilungen dritter Personen), dass der Erklärende auf die Unbestraftheit oder das Fehlen schwerer Vorstrafen bei dem Erklärungsempfänger Wert legt, der Erklärende selbst ihm dies aber in keiner Weise kenntlich macht. Kann aber von dem Vorbestraften nach Treu und Glauben nicht verlangt werden, dass er ungefragt seine Vorstrafen bekannt gibt, so ist in dem Verschweigen der Vorstrafen insoweit auch keine arglistige Täuschung zu erblicken. Der mit einem Dienstmädchen abgeschlossene Gesindevertrag würde also, wenn das Dienstmädchen wegen Diebstahls vorbestraft ist und dies bei Abschluss des Vertrages der Herrschaft nicht erzählt hat, von der Herrschaft wegen arglistiger Täuschung selbst dann nicht angefochten werden können, wenn das vorbestrafte Dienstmädchen z. B. weiss, dass ein anderes Dienstmädchen von derselben Herrschaft früher wegen Diebstahls entlassen worden ist. Das Gleiche gilt von der Anstellung eines wegen Unterschlagung Vorbestraften als Kassierer und sonstigen analogen Fällen. Schlossmann[11] wirft daher Lenel m. E. mit Unrecht vor, seine Ansicht sei „nicht durch rechtliche Gesichtspunkte, sondern wohl mehr durch ein humanes Gefühl diktiert, das sich scheut, dem moralisch Gefallenen den Weg zur Besserung und zu einer Rehabilitierung mit Hilfe des Rechts zu verschliessen“ und an anderer Stelle:[12] „Man wird es wohl unter Umständen verzeihlich finden können, wenn diese Personen, vielleicht von dem besten Willen beseelt, nie wieder einen solchen Fehltritt zu begehen, im Kampfe um das Dasein den einst begangenen verschweigen, weil sie befürchten müssen, sonst existenzlos zu bleiben. Man mag es andererseits als eine moralische Pflicht ansehen, auch solche, die im Leben einmal gestrauchelt sind, nicht zurückzustossen und ihnen zur Wiedergewinnung einer Stellung und eines ehrlichen Namens zu verhelfen. Dass jene sich aber die Erfüllung des dieser Menschenpflicht entsprechenden „moralischen Anspruchs“ erschleichen dürften, statt dem anderen die freie Entscheidung

11. Schlossmann a. a. O., S. 83.
12. Derselbe, S. 87/88.

darüber zu überlassen, ob er edle Humanität üben und sein Vermögen .. zum Gegenstande eines Experiments von zweifelhaftem Ausgange machen wolle, das ist entschieden zu leugnen."

Schlossmann verdient zwar insofern Anerkennung, als er sich in seinen Ausführungen der Interessen derer annimmt, welche sich mit schwer Vorbestraften in Unkenntnis der Vorbestraftheit rechtsgeschäftlich einlassen und denen in der Tat unmöglich lediglich wegen dieses Irrtums zugemutet werden kann, ihre Existenz in die Hand dieser Leute zu legen. Aber diese gefährdeten Interessen werden ja auch noch garnicht verletzt, wenn die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung versagt wird, da der Erklärende, wie man im Gegensatz zu Lenel und Schlossmann wohl annehmen muss,[13] sofern es sich bei den Vorstrafen des anderen Teils um solche handelt, welche ihn für die durch die Willenserklärung erlangte Rechtsstellung ungeeignet machen, seine Willenserklärung auf Grund des § 119 Abs. 2 anfechten kann. Was aber Schlossmann vor allem übersieht, das ist, dass in den von ihm behandelten Fällen nicht nur auf der einen, sondern auch auf der anderen Seite Interessen gefährdet sind. Es ist daher nicht nur, wie Schlossmann meint, eine „moralische Pflicht", sondern ein Erfordernis desjenigen Gerechtigkeitsgefühles, das jedem Juristen innewohnen sollte, auch die Interessen der Vorbestraften nicht als quantité négligeable zu behandeln. Wenn — das scheint Schlossmann nicht genügend zu würdigen — der vorbestrafte Erklärungsempfänger seine Vorbestraftheit dem Erklärenden bei Abgabe der Willenserklärung nicht bekannt gibt, so will er sich damit noch nicht die Erfüllung eines „moralischen Anspruchs" „erschleichen", sondern er betätigt damit nur den sehr berechtigten Trieb der Selbsterhaltung. Dass er auf die Betätigung dieses Triebes im Kampf ums Dasein verzichten soll, kann ihm nach Treu und Glauben wohl kaum zugemutet werden. Daraus aber ergiebt sich die Hinfälligkeit der Schlossmannschen Ausführungen.

13. Vgl. unsere früheren Ausführungen, S. 48 ff.